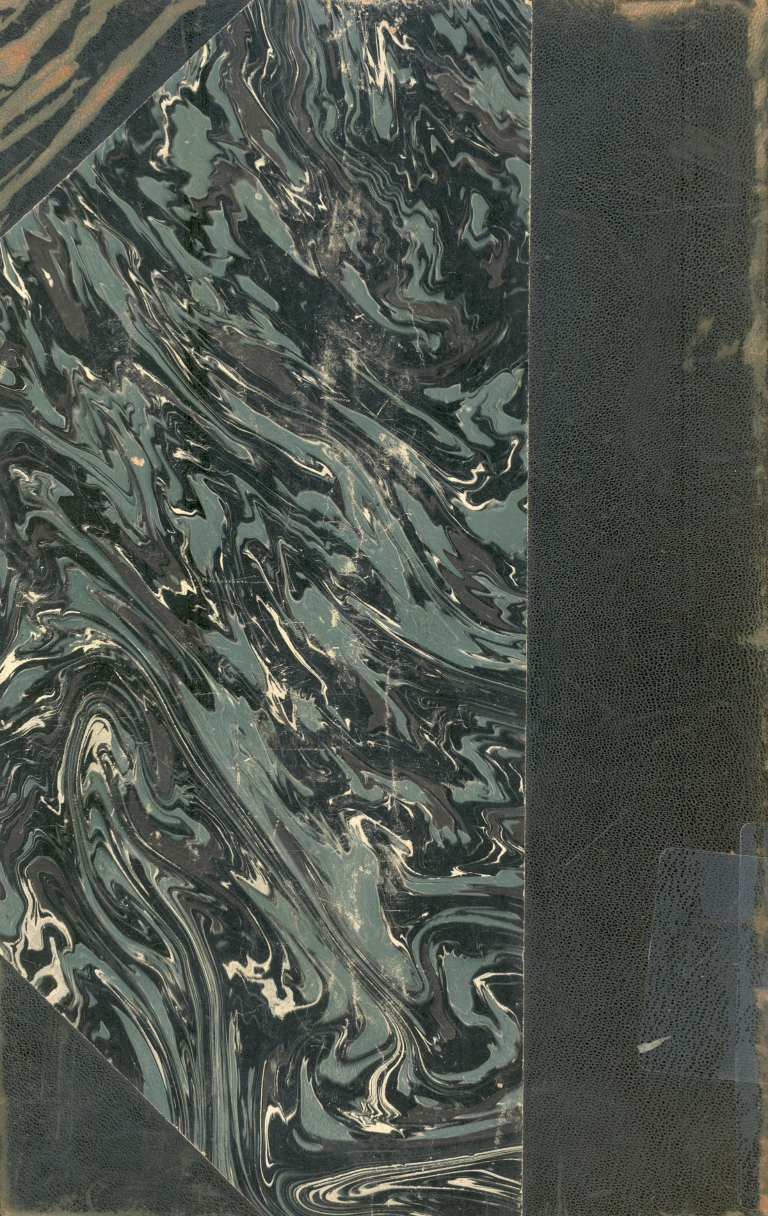
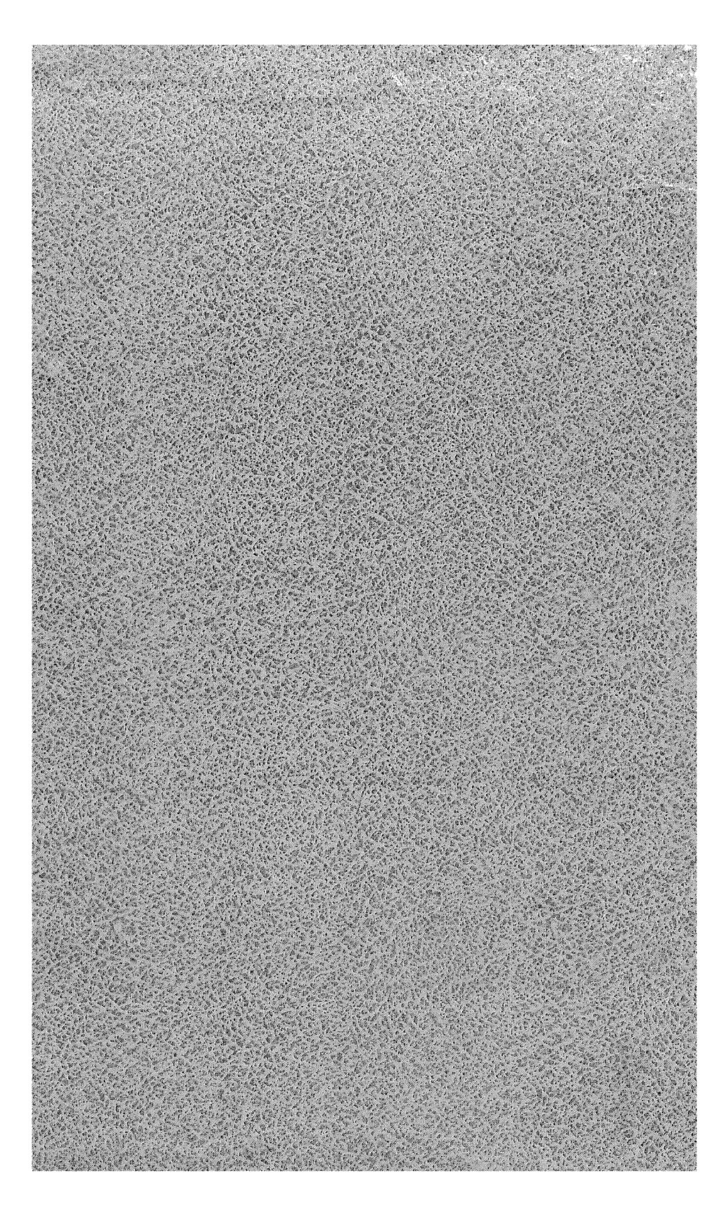




فهرست

﴿ الجزء الثانى من شرح الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية ﴾

(الكتاب الرابع فى الاولاد)

الباب الاول فى ثبوت النسب

﴿ الفصل الاول ﴾

(فى ثبوت نسب الولد المولود حال قيام النكاح الصحيح)

﴿ الفصل الثانى ﴾

﴿ الفصل الثالث ﴾

(فى ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها)

﴿ الفصل الرابع ﴾

(فى دعوى الولادة والاقرار بالابوة والبنوة والاخوة وغيرها واثبات ذلك)

﴿ الفصل الخامس فى أحكام اللقيط ﴾

الباب الثاني فيما يجب للولد على الوالدين

الفصل الاول في الرضاعة

الفصل الثاني في مقدار الرضاع الموجب للتحريم

الفصل الثالث في الحضانة

الفصل الرابع فى النفقة الواجبة للابناء على الآباء

﴿ الباب الثالث في النفقة الواجبة للأبوين على الأبناء ﴾

﴿ الباب الرابع في نفقة ذوى الأرحام ﴾

﴿ الباب الخامس فى ولاية الاب ﴾

﴿ الكتاب الخامس فى الوصى والحجر والهبة والوصية ﴾

(الباب الاول فى الوصى وتصرفاته)

(الفصل الاول فى اقامة الوصى)

صحيفة

صحيفة

الفصل الثانى فى تصرفات الوصى

﴿ الباب الثانى فى الحجر والمراهقة والبلوغ ﴾

(الفصل الاول فى الحجر)

الفصل الثاني في سن التمييز والمراهقة والبلوغ

الباب الثالث في الهبة

﴿ الفصل الثاني فيما تجوز هبته وما لا تجوز ﴾

﴿ الفصل الثالث فيمن يجوز له قبض الهبة ﴾

﴿ الفصل الرابع فى الرجوع فى الهبة ﴾

صحيفة

﴿ الباب الرابع فى الوصايا وفيه فصول ﴾

(الفصل الأول)

(فى حد الوصية وشرائطها ومن هو أهل لها ﴾

﴿ الفصل الثانى فى استحقاق الموصى لهم ﴾

﴿ الفصل الثالث فى الوصية بالمنافع ﴾

﴿ الفصل الرابع فى تصرفات المريض ﴾

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

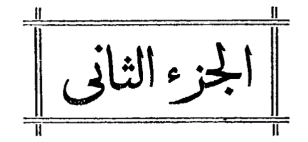
﴿ الفصل الخامس فى أحكام المفقود ﴾



(تأليف)

محمد زيد الأبيانى

مدرس الشريعة الاسلامية بمدرسة الحقوق الخديوية



الطبعة الثانية فى شهر رجب سنة ١٣٢٩

١٣٢٩ هـ



١٩١١ م

٣

﴿ الكتاب الرابع فى الاولاد ﴾

(الباب الاول فى ثبوت النسب)

﴿ الفصل الاول ﴾

﴿ فى ثبوت نسب الولد المولود حال قيام النكاح الصحيح ﴾

قال تعالى : (يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا) فمن تأمل فى هذه الآية ظهر له جلياً حكمة قصر المرأة فى التزوج على رجل واحد اذ بهذا يمكن كل شخص أن يعرف من انتسب اليه من اى جهة كانت فبالتوالد تتكون الشعوب والقبائل ويقوم كل بما يلزم الآخر من التربية والنفقة والخدمة وغيرها عند الاحتياج ولذا عنى الفقهاء بثبوت النسب وبينوا احكامه أتم بيان ولما كان لا يتأتى الا بعد الحمل فى مدة مخصوصة استنبطوها من الكتاب والسنة حتى بينوا الاحكام عليها فقالوا أقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة أشهر وأكثرها سنتان واستدلوا على الاول بقوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » مع قوله فى آية أخرى (وفصاله فى عامين) فاذا طرحنا مدة الفصال التى هى عامان من مدة الحمل والفصال التى هى ثلاثون شهراً بقى ستة أشهر وهى أقل مدة الحمل. واستدلوا على الثانى بالمشاهدة وعلى الثالث بقول السيدة عائشة رضى الله تعالى عنها « ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل » وظل المغزل مثل للقلة لانه فى حالة

الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال انظر مادة (٣٣٢)

وينبنى على ذلك أنه اذا تزوج رجل بامرأة وكان العقد صحيحاً ثم ولدت فلا يخلو الحال من أحد أمرين الاول أن تأتى به لستة أشهر فا كثر من حين العقد . الثانى أن تلده لاقل من ستة أشهر

فان كان الاول ثبت نسبه من الزوج سواء ادعاه اولا وسواء دخل بالزوجة أو لم يدخل وسواء وجد الزوج والزوجة فى بلد واحد أو فى بلدين ولو بعدت المسافة بينهما وذلك لان الفراش موجود فى المدة الكافية لتكوين الجنين وقد قال عليه الصلاة والسلام (الولد للفراش) وفى بعض ذلك من الستر على الاعراض ومراعاة مصلحة الولد ما لا يخفى . وقال الامام مالك ان الزوجة اما أن يكون مدخولا بها اولا فان كان الاول ثبت النسب وان كان الثانى فاما أن يكونا قريبين من بعضهما بحيث يغلب على الظن تمكنه منها أولا . فان كان الاول وجاءت الزوجة بولد لتمام ستة أشهر أو الا خمسة أيام ثبت النسب أيضاً وان كان الثانى فللزوج أن ينفيه بدون لعان ولا يخفى ما فى هذا المذهب من الدقة

وإن كان الثانى وهو ما اذا ولدت لاقل من سته أشهر من حين العقد فلا يثبت نسبه لان زمن الفراش لم يبلغ أقل مدة الحمل واذن يكون مبدأ الحمل سابقاً على العقد نعم اذا اعترف الزوج بانه ابنه ولم يصرح بانه من الزنا يثبت نسبه وان كان هذا غير متأت فى الظاهر ولكن لتصحيح اقراره يحمل على ان الحمل قد حصل فى فراش آخر سواء كان بعقد صحيح أو وطء بشبهة

(مادة ٣٣٢) أقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة أشهر واكثرها سنتان شرعاً

مراعاة لمصلحة الولد وتصحيح كلام العاقل ما امكن — انظر مادة (٣٣٣)

فقد علم مما تقدم أن الزوجة اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت العقد الصحيح فلا يثبت نسب الولد من الزوج الا اذا ادعاه غير مصرح بانه من الزنا واذا ولدت لتمام ستة أشهر أو أكثر ثبت أنه ولده وان لم يدع نسبه ولكن يجوز له ان ينفيه اذا تحقق انه ليس منه فان لم يتحقق ذلك فلا يجوز له نفي نسبه كما أنه يحرم على الزوجة ان تدخل على قوم زوجها من ليس منهم للوعيد المترتب على ذلك فى قوله عليه الصلاة والسلام « أيما امرأة أدخلت على قوم زوجها من ليس منهم فليست من الله فى شىء ولن يدخلها الله جنته وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الاولين والآخرين » ومع ذلك فلا ينتفى نسب الولد بمجرد نفيه بل لا بد من اللعان الآتى بيانه فى شرح مادة (٣٣٥) ولا يصح النفى ويعقبه اللعان الذى يترتب عليه تفريق القاضى بين الزوجين الا اذا كان فى أوقات وأحوال مخصوصة وهى وقت الولادة او وقت شراء لوازمها أو وقت علمه بان زوجته ولدت ان كان غائباً — انظر مادة (٣٣٤) و(٣٣٥)

(مادة ٣٣٣) اذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولداً لتمام ستة أشهر فصاعداً من حين عقده ثبت نسبه من الزوج فان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه منه الا اذا ادّعاه ولم يقل انه من الزنا .

(مادة ٣٣٤) اذا نفى الزوج الولد المولود لتمام ستة أشهر من عقد النكاح فلا ينتفى الا اذا نفاه فى الاوقات المقررة فى المادة التى بعد الآتية وتلاعن مع المرأة لدى الحاكم وفرق بينهما .

(مادة ٣٣٥) انما يصح نفى الولد فى وقت الولادة او عند شراء ادواتها اوفى أيام

وينبنى على ذلك أن الولد لا ينتفى نسبه فى الصور الآتية ولو فرض حصول التلاعن بين الزوجين وفرق القاضى بينهما

الاولى اذا نفاه بعد مضى الاوقات المبينة قبل

الثانية اذا نفاه بعد الاقرار به صراحة أو دلالة لانه ان سكت حتى مضت هذه الاوقات ثم نفاه أو أقر به صراحة ثم نفاه فلا يصح هذا النفى لانه وجد منه الاعتراف صراحة أو دلالة فاذا صح النفى يكون ساعياً فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه وهذا قول الامام الاعظم وقال الصاحبان كما يصح نفيه فى هذه الاوقات يصح أيضاً فى مدة النفاس لان ذلك يحتاج الى التأمل اذ ربما ينفيه وهو منه او يعترف به وهو ليس منه وكلاهما حرام للحديث المتقدم

الثالثة اذا نزل الولد ميتاً أو مات أثناء اللعان قبل التفريق بينهما والسبب فى ذلك أن النفى حكم والميت لا يصح الحكم عليه وقال الامام مالك والشافعى يصح أن ينفى باللعان درءا لحد القذف ومنعاً لارثه من الولد اذا ترك مالا بسبب هبة أو وصية أو نحوهما

الرابعة اذا ولدت المرأة ولداً ونفاه الزوج ولاعن وحكم القاضى بالتفريق ونفى نسب الولد ثم ولدت آخر قبل مضى ستة أشهر من وقت ولادة الاول ولكن هذا فيه خلاف بين الائمة الثلاثة فالموجود هنا مذهب الامام الاعظم وينبنى عليه أن الولدين ينسبان الى الزوج لان الولد الثانى لا يمكن نفيه الا باللعان واللعان لا يتأتى لان شرط اقامته أن تكون

التهنئة المعتادة على عرف أهل البلد واذا كان الزوج غائباً فحالة علمه كحالة ولادتها

الزوجية قائمة كما ستعرفه وهى غير موجودة وأما الاول فيثبت نسبه أيضاً لانه متكون من المادة التى منها الثانى اذ الرحم لا يخلق فيه جنينان مكونان من ماءين مختلفين فى زمن حمل واحد ولا يمكن ان يقال ان الثانى وجد بعد ولادة الاول لانه لم يمض عليه أقل مدة الحمل فيكون متحداً مع الاول فى المادة وحيث ثبت الثانى ثبت الاول مراعاة لمصلحة الولدين وستراً لعرض المرأة وجميع عشيرتها مع جواز ان الولدين منه

ورأى الامام مالك أن نسب الولد الثانى ينتفى بمجرد نفى الأول لأن الحمل عنده يصح نفيه وحيث قد ثبت ان الحمل والولد الذى نفاه من ماء واحد فينتفى الحمل ولا يثبت نسبه الا اذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا فانه اذا ادعاه يثبت نسبه هو والاول ويحد حد القذف ان كانت المرأة ممن يحد قاذفها بأن كانت حرة مسلمة عفيفة عن الزنا . وقال الامام الشافعى انه بعد نفى الأول وولادة الثانى لأقل من ستة أشهر لا ينفى الثانى الا اذا نفاه باللعان ولا يشترط فى اللعان عنده قيام الزوجية فانه يكفى وجودها ولو باعتبار ما كان فان لم ينفه بأن سكت أو ادعاه ثبت نسبه وبالضرورة يثبت نسب الاول لاتحادهما مادة ويحد حد القذف عند الاعتراف به صراحة بشرط ان تكون المرأة ممن يحد قاذفها كما سبق — ولا يخفى ما فى هذين المذهبين من ظهور المراد

الخامسة اذا نفى الولد بعد حكم القاضى بثبوت نسبه منه بأن جنى الولد على ولد آخر كأن انقلب عليه وقتله فحكم القاضى بتعويض مالى على عاقلة الجانى لورثة المجنى عليه اذ حكم القاضى لا يصح نقضه حيث انه لا يصدر

الا بعد التثبت وخصوصاً فى الانساب فان الشارع يتشوق الى ثبوتها ماامكن ستراً للاعراض وكى لا يكون الولد زنيماً

السادسة — اذا نفى الولد ثم مات الزوج أو الزوجة قبل اللعان أو بعده وقبل الحكم بالتفريق لان اللعان لم يتم ونفى الولد لا يمكن الا بعد تمامه — أنظر مادة (٣٣٦)

فالذى علم مما سبق ان نسب الولد لا ينتفى الا اذا حصل نفيه فى أوقات وأحوال مخصوصة وتلاعن الزوجان بالكيفية التى نص عليها القرآن الكريم واليك معنى اللعان وسبب نزول آيته وما يشترط فيه

فاللعان فى اللغة مصدر لاعن واصل اللعن الطرد والابعاد وكانت العرب تطرد المتمرد والشرير لئلا تؤخذ بجريمته وتسميه لعيناً وشرعاً هو شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فى حق الرجل ومقام حد الزنا فى حق المرأة . وسبب مشروعيته انه لما نزل قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) تألم بعض الصحابة من مضمونها

(مادة ٣٣٦) لا ينتفى نسب الولد فى الصور الستة الآتية وان تلاعن الزوجان وفرق الحاكم بينهما

(الاولى) اذا نفاه بعد مضى الاوقات المبينة فى المادة السالفة

(الثانية) اذا نفاه بعد الاقرار به صراحة أو دلالة

(الثالثة) اذا نزل الولد ميتاً ثم نفاه أو نفاه ثم مات قبل اللعان أو بعده قبل تفريق الحاكم

فنزلت آية اللعان قال عبد الله بن مسعود « بينما كنا فى المسجد ليلة الجمعة اذ دخل علينا رجل انصارى فقال يارسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتله قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظه اللهم افتح » فنزل قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين)

واللعان من قبيل الشهادة عند الامام الاعظم لان الله تعالى سماه شهادة وينبنى على ذلك انه يشترط فيه ما يشترط فى أدائها من الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والنطق والسمع وعدم الحد فى قذف وهذه الشروط بالنسبة اليهما ويشترط زيادة على ذلك بالنسبة للزوج عدم اقامته البينة على صحة ما قاله وبالنسبة اليها انكارها لوجود الزنا منها وعفتها بأن لم يسمع عليها زنا فى حياتها ولم تتهم به ولم توطأ بشبهة ولا بنكاح فاسد . وكذلك يشترط ان يكون القذف نصاً فى الزنا وان يكون حاصلا فى دار الاسلام ويشترط أيضاً ان تكون الزوجية قائمة وان يكون عقد النكاح صحيحاً فلا لعان مع المبانة ولا مع المعقود عليها عقداً فاسداً . وكذا يشترط ان تطالبه الزوجة بموجب القذف فان ابى

(الرابعة) اذا ولدت المرأة بعد التفريق وقطع نسب الولد ولداً آخر من بطن واحد ففى هذه الصورة يلزمه الولدان ويبطل الحكم الاول

(الخامسة) اذا نفاه بعد الحكم بثبوت نسبه شرعاً

(السادسة) اذا مات الزوج أو المرأة بعد نفى الولد قبل اللعان أو بعده قبل التفريق

حبس حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد فاذا اجتمعت هذه الشروط وتلاعن الزوج والزوجة أمام القاضى حكم بينهما بالتفريق وقطع نسب الولد وان فقد شرط من هذه الشروط فلا يصح أقامة اللعان فلا ينتفى نسب الولد. وقال الامام مالك والشافعى ان اللعان يمين لا شهادة لانه لا معنى لكون الشخص يشهد لنفسه وتسميته شهادة مجاز عن الحلف لقيام اليمين مقام الشهادة وعلى ذلك لا يشترط فيه تلك الشروط وانما يشترط فيه عفة المرأة وحصول الزوجية ولو لم تكن موجودة وقت اللعان فيصح اللعان من الاعمى والاخرس والاصم والفاسق والمحدود فى قذف والمسلم الذى تحته ذمية والذميين اذا ترافعا الينا ومن الرقيق مع الرقيقة والحرة ومن الزوج مع مبانته — انظر مادة (٣٣٧)

ومتى توفرت شروط اللعان وحصل بالفعل قطع الحاكم نسب الولد من أبيه وألحقه بأمه ولكن لا يكون الولد اجنبياً من الملاعن فى كل الاحوال بل فى بعضها فيكون أجنبياً فى الأحوال الآتية : —

اولاً النفقة فلا تجب بينهما نفقة الآباء على الابناء وبالعكس .

(مادة ٣٣٥) لا يتلاعن الزوجان إلا إذا وجدت فيهما أهلية اللعان وشرائطه وهى ان يكون النكاح صحيحاً والزوجية قائمة ولو فى عدة الرجعي وان يكون كل منهما أهلا لاداء الشهادة لا لتحملها أى مسلمين حرين عاقلين بالغين ناطقين لا أخرسين ولا محدودين فى قذف وان تكون المرأة زيادة على ذلك عفيفة عن الزنا وقته فان كانا كذلك وتلاعنا يفرق الحاكم بينهما ويقطع نسب الولد من أبيه ويلحقه بأمه وان لم يتلاعنا أو لم تتوفر فيهما أهليـة اللعان فلا ينتفى نسب الولد وكذا اذا اكذب الزوج نفسه قبل اللعان أو بعده وبعد التفريق يلزمه الولد ويحد حد القذف

ثانياً الارث فلا توارث بينهما بمعنى أن قرابة الابوة غير معتبرة فى الارث فلو مات المنفى عن مال لا يرثه أحد بقرابة الابوة

ولا يحكم بكونه أجنبياً فى الصور الآتية :

اولا الشهادة فكما لا تقبل شهادة الاصل لفرعه وعكسه كذلك لا تقبل شهادة الملاعن واصوله لمن نفاه باللعان ولا شهادة المنفى وفروعه لمن نفاه ولا لأصوله .

ثانياً الزكاة فلا يجوز لأحدهما ان يعطى الآخر شيئاً من زكاة أمواله لاحتمال انه ابنه او ابوه وهى حق الفقير الاجنبى .

ثالثاً القصاص فلو قتله الملاعن عمداً لا يقتل فيه كما لو قتل الاب ابنه وذلك لان الاب لا يقتل بقتل ابنه عمداً عند أبى حنيفة لأنه سبب فى ايجاده فلا يكون الولد سبباً فى اعدامه ولان شفقة الاب عظيمة جداً فاقدامه على قتله لابد أن يكون لامر عظيم اوجب ازالة تلك الرحمة الفطرية واستبدالها بهذه القسوة الخارجة عن فطرة الحيوانات ان كان عاقلا ولكن يعاقب بغير القصاص اذا رأى القاضى ذلك

رابعاً المحرمية فلو أراد الملاعن ان يزوج بنته لمن نفاه اولابنه فلايجوز لانه يحتمل أن يكون ابنه خصوصاً وان الفراش كان موجوداً

خامساً الالتحاق بالغير فلو ادعاه غير الملاعن لا يصح لاحتمال أن يكذب النافى نفسه ولذا قال بعض المحققين أن ادعاه آخر بعد موت الملاعن يصح لان الولد غير معلوم النسب ولا أمل فى اعتراف الملاعن بنسبه لانه قد مات وحقق بعضهم صحة دعوى غير الملاعن مطلقاً لانه

غير معلوم النسب — انظر مادة (٣٣٨) وتأمل واحكم

وهذا اذا كان ولد اللعان حياً فان مات عن ولد فاماما أن يكون ولد اللعان مذكراً او مؤنثاً فان كان مذكراً وادعى الملاعن ولده بأن قال هذا ابن ابني أو هذه بنت ابني ثبت نسبه من الملاعن فيرث ارث ابن الابن أو بنت الابن وتلزمه نفقته وتجرى بينهما سائر الحقوق ويعد مكذباً نفسه فيحد حد القذف وان كان ولد اللعان مؤنثاً فلا يثبت نسب ولدها منه لاستغنائه بنسب أبيه لان ولد البنت ينسب الى الاب وقال محمد وأبو يوسف يثبت نسبه منه فيكون ولد بنته لاعترافه بذلك وحينئذ يكون بينهما من الحقوق من نفقة وارث وغيرهما مثل ما يكون بين الجد الفاسد وولد بنته ويحد حد القذف على قولهما فى الصورة الثانية واتفاقاً فى الصورة الاولى — أنظر مادة (٣٣٩)

ومتى حصل اللعان بين الزوجين بأن قال الرجل أمام القاضى أربع مرات اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وقال فى الخامسة لعنة الله

(مادة ٣٣٨) قطع الحاكم الولد عن نسب أبيه يخرجه من العصبة ويسقط حقه فى النفقة والارث دون غيرهما ويبقي النسب متصلا بين الولد وأبيه الملاعن فى حق الشهادة والزكاة والنكاح والقصاص وفى عدم اللحاق بالغير فلا يجوز شهادة أحدهما للاخر ولا صرف زكاة ماله اليه ولا يجب على الاب القصاص بقتله واذا كان لابن الملاعنة ابن ولنا فيه بنت فلا يجوز للابن أن يتزوج تلك البنت واذا ادعاه غير الملاعن لا يلتحق به

(مادة ٣٣٩) اذا مات ابن اللعان عن ولد فادعاه الملاعن يثبت نسبه منه ويقام عليه الحد ويرث من المتوفي واذا ماتت بنت اللعان عن ولد فادعاه الملاعن فلا يثبت نسبه منه ولا يرث من أمه

على ان كنت من الكاذبين وقالت المرأة بعد ذلك أربع مرات أيضاً أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وقالت في الخامسة غضب الله على إن كان من الصادقين حكم القاضي بينهما بالتفريق وقطع نسب الولد عن أبيه فاذا لم يفرق الحاكم (القاضي) بينهما فالزوجية قائمة وينبني على ذلك انه اذا مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر لكن لا يجوز لهما الوقاع والاستمتاع لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لا يجتمعان ابداً » فان فرق القاضي بينهما انقطعت الزوجية وبانت منه المرأة بينونة صغرى لان التفريق باللعان طلاق بائن لان الزوج أقدم على القذف الموجب للعان الذي نشأ عنه التفريق فكأن الزوج هو الذي طلق وانما ناب عنه القاضي في التفريق ولكن هذا الطلاق يخالف الطلاق الواقع في غير هذه الحالة اذ الزوج في اللعان لا يجوز له ان يعقد على المرأة مرة ثانية ما دام كل منهما أهلا للعان فان خرجا عن الاهلية أو خرج احدهما بان صار فاسقاً أو أخرس أو أصم جاز لهما عقد النكاح سواء كان ذلك في العدة أو بعدها ولا يرد الحديث المتقدم لان الحكم فيه بالتحريم منوط بصفة وقد زالت الصفة فيزول الحكم لقولهم ان تعليق الحكم بمشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق — انظر مادة (٣٤٠)

(مادة ٣٤٠) الفرقة باللعان طلاق بائن وما لم يفرق الحاكم بين الزوجين بعد اللعان فالزوجية قائمة ويجرى التوارث بينهما اذا مات أحدهما وكان الآخر مستحقاً للميراث وانما يحرم على الملاعن وقاع المرأة والاستمتاع بها . وحرمة الفرقة باللعان تدوم ما دام كل من الزوجين أهلا له فان خرجا أو أحدها عن أهليته جاز للزوج أن يتزوج المرأة في العدة وبعدها

﴿ الفصل الثانى ﴾

(فى ثبوت نسب الولد المولود من نكاح فاسد أووطء بشبهة)

قد عرفت فى شرح مادة (٢٣٢) ان العقد اذا كان صحيحاً وأتت الزوجة بولد لتمام ستة أشهر من وقت العقد ثبت نسبه من الزوج على ما فيه من الخلاف بين الائمة . أما لو كان عقد لزواج فاسداً فلا يثبت نسب الولد من الزوج الا اذا جاءت به لتمام ستة أشهر من وقت الدخول بها ووقاعها فى محل الحرث وينبنى على ذلك أن الفراش انما يثبت من حين الدخول بها ووقاعها فى محل الحرث فالمتزوجة زواجا فاسداً اذا أتت بولد لاقل من ستة أشهر من حين وقاعها لا يثبت نسبه من أبيه وان مضى ستة أشهر من حين العقد نعم اذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا يثبت نسبه منه ويحمل على أن المرأة حملت منه بعقد سابق أو وطء بشبهة اما أن جاءت به لتمام ستة أشهر من حين الوقاع فيثبت نسبه وجميع الاولاد الذين يولدون من المرأة بعد هذه المدة تنسب للزوج ما دام معاشراً لها معاشرة الازواج فاذا فرق بينهما القاضى أو تفارقا من أنفسهما ثم جاءت بولد يثبت نسبه اذا جاءت به لاقل من سنتين من حين التفريق وان جاءت به لاكثر منهما فلا يثبت نسبه لتحقق حصول الحمل بعد التفريق فلا يمكن ثبوت نسبه من الزوج الا اذا ادعاه غير قائل انه من الزنا واذا أراد الزوج نفي الولد الذى نسب اليه فلا يتأتى له نفيه على رأى أبي

حنيفة وأصحابه لأنه لا يتأتى له نفيه الا باللعان وهو غير ممكن لان العقد فاسد ومن شروط اللعان ان يكون العقد صحيحاً — انظر مادة (٣٤١)

وكل هذه الاحكام ان كان هناك عقد سواء كان صحيحاً أو فاسداً أما اذا لم يكن بأن حصل وطء بشبهة فتتبع الاحكام الآتية واليك بيانها : اعلم ان الشبهة هى ما يشبه الثابت وليس بثابت وهى على ثلاثة أنواع شبهة فى المحل وشبهة فى العقد وشبهة فى الفعل . فشبهة المحل (ويقال لها شبهة الملك بمعنى المملوك وتسمى أيضاً شبهة حكمية لان سببها حكم الشارع)تحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ولا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده وذلك لان الشبهة ناشئة من الدليل الشرعى فاذا تحققت هذه الشبهة يدرأ بها الحد ويثبت نسب الولد الذى جاءت به المرأة فاذا لامس الاب جارية ابنه وجاءت منه بولد وادعاه ثبت نسبه منه ويسقط عنه الحد وان ظن الحرمة لأن الشبهة ثابتة بقول النبي عليه الصلاة والسلام للغلام الذى اشتكاه أبوه (أنت ومالك لابيك) فهذا الحديث أوجب شبهة فى نفس جارية الابن بالنسبة الى الأب ولذا لا يحد لقوله عليه الصلاة والسلام « ادرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم » وانما أفاد الحديث الشبهة ولم يفد الملك كما هو الظاهر من لفظه لان الصحابة اجمعوا على ان ظاهره غير مراد وانما المراد وجوب نفقة الابن على الأب

(مادة ٣٤١) اذا ولدت المنكوحة نكاحاً فاسداً قبل المتاركة والتفريق وكانت ولادتها لتمام ستة أشهر فاكثر ولو لعشر سنين من حين وقاعها لا من حين العقد عليها ثبت نسب الولد من أبيه بلا دعوى وليس له نفيه فان ولدت بعد فسخ النكاح بالمتاركة أو التفريق فلا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الفرقة

والا فلا معنى لكون الولد يكون مملوكا للاب مع ان القرابة موجبة لتحرير الرقيق كما قال النبي صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » وكذلك لا معنى لكون الأب يكون مالكا لمال ابنه ملكا حقيقياً حتى يتصرف فيه كما يتصرف فى مال نفسه فينتج من ذلك ان الحديث مصروف عن ظاهره وانما أوجب شبهة حكمية فى المحل كما تقدم ومن ذلك ملامسة معتدة الكنايات فانها ناشئة من قول سيدنا عمر « الكنايات رواجع » ومن ذلك أيضاً وطء الشريك الجارية المشتركة ووطء البائع الجارية المبيعة قبل تسليمها

وشبهة العقد هى التى نشأت بسبب وجود العقد صورة لا حقيقة كما اذا عقد رجل على معتدة الغير أو على محرم له رضاعاً أو مصاهرة أو نسباً فان كان يعتقد الحل بأن كان لا يعرف تحريمها عليه أو يجهل الحكم الشرعى سقط عنه الحد وعزر ويثبت نسب الولد الذى جاءت به المرأة من الوطء الحاصل بعد ذلك العقد وان كان يعتقد الحرمة فلا يسقط عنه الحد ولا يثبت منه نسب الولد وان ادعاه . هذا هو رأى أبى يوسف ومحمد وقال الامام يسقط عنه الحد ويثبت نسب الولد ان ادعاه والقول الاول هو الارجح وقد تقدم لك شرح هذا المقام بما لا مزيد عليه فى شرح مادتى « ١٣١ ، ١٣٢ » فارجع اليه ان شئت

وشبهة الفعل هى التى تحقق فى نفس من اشتبه عليه الحل والحرمة بأن ظن ما ليس بدليل دليلا مبيحاً لفعله وليس كذلك وهذه الشبهة تسقط الحد ان قال ظننت الحل فاذا وطىء رجل مبانته بالثلاث وهى فى العدة وقال

ظننت حلها لى فلا حد عليه وان قال علمت أنها علىّ حرام وجب عليه الحد وعلى كل حال لا يثبت منه نسب الولد الذى جاءت به المرأة وان ادعاه لان ما حصل منه زنا وانما سقط عنه الحد للشبهة التى قامت به للحديث وكذا الحكم فى وطء جارية الاب وجارية الزوجة والمطلقة على مال اذا وطئها بدون عقد ثم أن الشبهة متى ثبتت عند أحد الجانبين ثبتت فى حق الآخر لانها ثابتة بالنسبة الى الفعل وهو لا يتجزأ — والصورة الموجودة فى المادة مستثناة (تأمل) — انظر مادة (٣٤٢)

وكل هذه الاحكام ان حصل الوطء بشبهة عند الواطىء فان حصل بلا شبهة كان زنا محضاً فلا يعوّل عليه فى حق ثبوت النسب ويترتب على ذلك أنه اذا زنى رجل بامرأة ثم عقد عليها عقداً صحيحاً وولدت لتمام ستة أشهر من حين العقد يثبت نسبه منه لانه قد مضى على الحمل وهو فى بطن أمه ستة أشهر بعد العقد وهى أقل مدة الحمل فيثبت نسبه لان الولد للفراش .

واذا ولدته لاقل من ستة أشهر فلا يثبت نسبه لتحقق ان الحمل حاصل قبل العقد لكن اذا ادعاه ولم يصرح بأنه من الزنا يثبت نسبه ويحمل على أنه حاصل بسبب عقد سابق أو ملامسة بشبهة — انظر مادة (٣٤٣)

(مادة ٣٤٢) الموطوأة بشبهة فى المحل أو فى العقد اذا جاءت بولد يثبت نسبه من الواطىء ان ادعاه وكذلك الموطوأة بشبهة الفعل التى زفت الى الواطىء وقيل له هى زوجتك ولم تكن كذلك

(مادة ٣٤٣) اذا تزوج الزانى مزنيته الحامل من زناه فولدت لمضى ستة أشهر منذ تزوجها يثبت نسب الولد منه وليس له نفيه وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها فلا يثبت نسبه الا اذا ادعاه غير معترف أنه من الزنا

﴿ الفصل الثالث ﴾

فى ولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها

اعلم ان المرأة التى حصلت الفرقة بينها وبين زوجها اما ان تكون كبيرة واما ان تكون صغيرة فان كانت كبيرة فاما ان تكون الفرقة بالطلاق أو بالوفاة وعلى كل فاما أن تقر بانقضاء عدتها أو لا ـ فان كانت الفرقة بالطلاق فاما ان يكون رجعياً أو بائناً وكل له أحكام تخصه واليك بيانها . فان كان الطلاق رجعياً ولم تقر بانقضاء عدتها فاما ان تلد لاقل من سنتين من وقت الطلاق أو لتمامهما اولاكثر فان ولدته بعد الطلاق لاقل من سنتين يثبت نسبه من الزوج ويحمل على وجوده فى الرحم قبل الطلاق لانه لم يمض عليه اكثر من اكثر مدة الحمل التى هى سنتان وبانت المرأة منه بالولادة لانقضاء عدتها بها واحتمال كون الحمل حادثاً بعد الطلاق لا يكون دليلا على الرجعة لانها لا تثبت بالشك . وان ولدته لتمام سنتين او لاكثر ثبت نسبه أيضاً من الزوج ويحمل على انه لامسها فى العدة لان الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ولا الحل فهى زوجة له حكماً والفراش قائم ما دامت العدة باقية وهى باقية ما لم تقر بمضيها لان هذا أمر لا يعلم الا من جهتها فيجوز ان تكون ممتدة الطهر بسبب انقطاع الدم عنها زمناً طويلا وواقعها فى أثناء تلك المدة وحينئذ تكون الولادة دليل الرجعة وعلى هذا فذكر السنتين فى المادة ليس الغرض منه تعيين زمن وانما المراد عدم التقييد بزمن مخصوص كما فى المبانة على ما سيأتى فاذا نفاه لا عن لحكم الشارع ببقاء الزوجية . وان كان الطلاق بائناً

وجاءت بولد لاقل من سنتين يثبت نسبه منه لانه يحتمل ان يكون موجوداً في رحم أمه قبل الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل حصول الحمل فيكون في قطع نسبه هضم لحقوق الولد وضياع لشرف المرأة وعشيرتها وهو لا تقدم عليه بالظن فيثبت نسبه . وان ولدته لتمام سنتين من وقت الطلاق فلا يثبت نسبه منه لانها جاءت به بعد زوال الفراش وقال بعض العلماء يثبت لان الولد لم يمض عليه اكثر من سنتين من وقت زوال الفراش فيجوز أن يكون مخالطاً للمرأة وقت حصول الطلاق فمع وجود هذا الاحتمال لا يسوغ قطع نسب الولد وخدش شرف الام . وان ولدته لا كثر من سنتين من وقت الابانة فلا يثبت نسبه للتيقن بوجوده بعد زوال الفراش اللهم الا اذا ادعاه ولم يقل انه من الزنا ولا يشترط في ذلك تصديق المرأة له ولا بيان السبب الذي ادعى به نسبه

وحكم المتوفى عنها زوجها ولم تقر بانقضاء عدتها كحكم المبانة غير أن الذي يدعى الولد الذي جاء بعد سنتين هم الورثه فان كانوا من أهل الشهادة ثبت نسبه من الميت في حق الناس كافة فيطالبه مدين الميت بحقه ويخاصمه ويرجع على كفيله ونحو ذلك وان لم يكونوا من أهل الشهادة يثبت نسبه في حق المقرين لا غير فيزاحمهم في الميراث — انظر مادة (٣٤٤)

(مادة ٣٤٤) اذا لم تقر المطلقة الكبيرة بانقضاء عدتها فان كانت مطلقة رجعياً يثبت نسب ولدها من زوجها سواء ولدته لاقل من سنتين من وقت الطلاق أو لتمامهما أو لا كثر ولو نفاه لاعن . وان كانت مطلقة طلاقا بائناً بواحدة او ثلاثة وجاءت بولد لاقل من سنتين يثبت نسبه منه وكذلك المتوفى عنها زوجها اذا لم تقر بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين من حين الوفاة . فان ولدت المطلقة

وان اقرت بانقضاء عدتها وكانت المدة بين الطلاق او الوفاة والاقرار بانقضائها تحتمل صدقها بان كانت ستين يوما على رأى الامام الاعظم وتسعة وثلاثين يوما على رأى أبي يوسف فاما ان تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الطلاق او الوفاة أولا وعلى كل فاما ان يكون الطلاق رجعياً أو بائناً فان كان رجعياً وولدته لاقل من ستة أشهر من حين الاخبار بانقضاء عدتها ولأقل من سنتين من حين الطلاق ثبت نسبه للتيقن بوجود الحمل فى الزمن الذى أخبرت عنه بأنه آخر عدتها فيظهر كذبها وبطل اقرارها . وكذلك ان ولدته لاكثر من سنتين من حين الطلاق ولاقل من ستة أشهر من حين الوقت الذى أخبرت فيه بانقضاء عدتها يثبت نسبه أيضاً للتيقن بكذبها ويحمل على أنه واقعها فى أثناء العدة لان الزوجية باقية حكما ويحكم بأنه راجعها . وان ولدته لتمام ستة أشهر أو أكثر من حين الوقت الذى اخبرت فيه بمضيها سواء ولدته لتمام سنتين أولا كثر او لاقل من حين الطلاق فلا يثبت نسبه لعدم التيقن بكذبها فيما اخبرت به فيحمل على انها حملت من ملامسة حصلت بعد انقضاء عدتها . وان كان الطلاق بائنا أو كانت الفرقة لوفاة فان ولدته لاقل من سنتين من حين ابانتها او وفاة زوجها ولأقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت نسبه لظهور كذبها كما تقدم وان ولدته لتمام ستة أشهر أولا كثر من حين انقضاء عدتها حسبما أخبرت فلا يثبت نسبه لعدم وجود ما يدل على كذبها ولا فرق فى ذلك بين كونها ولدته لاقل من

بائنا أو المتوفى عنها زوجها ولدا لاكثر من سنتين من حين البت أو الموت فلا يثبت نسبه الا بدعوة من الزوج أو الورثة

سنتين من حين ابانتها او من حين وفاة زوجها او لتمامها او لاكثر لعدم وجود ما يدل على كذبها

وان ولدته لاكثر من سنتين من حين الابانة أو الوفاة ولا اقل من ستة اشهر من حين الوقت الذى أخبرت عنه بمضى عدتها فيه فلا يثبت نسبه لمضى مدة أكثر من مدة الحمل بعد الابانة أو الوفاة فيكون الحمل حادثاً بعد الابانة أو الوفاة فاذا ادعاه الزوج فى صورة الطلاق ولم يصرح بأنه من الزنا يثبت نسبه ويحمل على أنه وجد بعد حصول عقد أو بعد وطئها بشبهة وكذا ان ادعاه الورثة فى صورة الوفاة وكانوا أهلا للشهادة يثبت نسبه من أبيه فى حق الناس كافة وان لم يكونوا من أهلها يقبل قولهم فى حقهم ويزاحمهم فى الميراث — انظر مادة (٣٤٥) وتأمل واحكم

وان كانت صغيرة أى مراهقة وهى التى قاربت البلوغ من راهق الشىء بمعنى قاربه فاما أن تكون الفرقة بالطلاق واما أن تكون بالوفاة فان كانت بالطلاق فاما أن يكون قبل الدخول أو بعده فان كان قبله وجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من حين الطلاق ولا كثر من حين العقد ثبت نسبه للجزم بوجوده قبل الطلاق لانه لم يمض عليه بعد الطلاق وهو فى بطن أمه أقل مدة الحمل . فان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من

---

(٣٤٥) اذا أقرت المطلقة رجعياً أو بائناً أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها فى مدة تحتمله ثم ولدت فان جاءت بالولد لاقل من نصف حول من وقت الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الفرقة يثبت نسبه من أبيه وان جاءت به لاقل من نصف حول من حين الإقرار ولاكثر من سنتين من وقت البت أو الموت فلا يثبت نسبه .

وقت الطلاق فلا يثبت نسبه لانه قد مضى عليه أقل مدة الحمل بعد الطلاق فلا يمكن الجزم بوجوده فى بطن امه قبله .وان كان الطلاق بعد الدخول فاما أن تقر بانقضاء عدتها اولا فان أقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولأقل من تسعة أشهر من حين الطلاق ثبت نسبه وبطل اقرارها لظهور كذبها وان جاءت به لستة أشهر أو أكثر من حين الاقرار فلا يثبت نسب الولد لعدم الجزم بكذبها وان لم تقر ولم تدع حبلا فعند أبى حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه وظهر أنها كبيرة وان جاءت به لتمام تسعة أشهر أولا كثر فلا يثبت نسب الولد منه لان انقضاء عدة الصغيرة له جهة واحدة فى الشرع وهو ثلاثة أشهر فبمضيها يحكم الشرع بانقضاء العدة والصغر المعين لعدتها قائم مقام اقرارها بل هو أقوى منه لان اخبارها يحتمل الكذب بخلاف الانقضاء فانه قد تحقق شرعاً (انظر وتأمل)

وقال أبو يوسف اذا كانت المراهقة مطلقة طلاقاً بائناً يثبت نسب الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين أو لتمامها وان كان طلاقها رجعياً يثبت نسبه الى سبعة وعشرين شهراً لانه يحتمل أن يكون زوجها لامسها فى آخر الثلاثة الاشهر التى هى عدتها فحملت منه وبقى الولد فى بطنها سنتين — ودليل قول أبى يوسف انه لما كانت المراهقة فى سن يحتمل بلوغها مع أنها لم تقر بانقضاء عدتها أشبهت الكبيرة فى احتمال حدوث الحمل ساعة فساعة فيثبت نسب ما تأتى به الى سنتين من حين حدوثه (وهو ظاهر)

وان ادعت حبلا وكان طلاقها بائناً يثبت نسب ولدها الى سنتين ويكون

حكمها حكم الكبيرة وان كان طلاقها رجعياً وجاءت بولد يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سبعة وعشرين شهراً ولم تعامل معاملة الكبيرة المطلقة طلاقاً رجعياً لان عدتها متعينة بالاشهر فغاية ما يمكن ان يكون الزوج واقعها فى آخر عدتها ومضى بعد ذلك سنتان بخلاف الكبيرة المطلقة رجعيا فانه يجوز امتداد طهرها فيجوز ان يواقعها فى العدة ولو بعد سنين

وان كانت الفرقة بالوفاة ولم تقر بانقضاء عدتها ولم تدع حبلا ثم جاءت بولد بعد الفرقة فان ولدته لاقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من حين الوفاة يثبت نسب ولدها منه للعلم بوجود الحمل فى بطنها فى العدة حيث لم يمض عليه بعد انقضائها أقل مدة الحمل فيظهر انها كبيرة وتكون عدتها بوضع حملها. وان ولدته لاكثر من عشرة أشهر وعشرة أيام فلا يثبت نسبه لانه بمرور أربعة أشهر وعشرة أيام يحكم بانقضاء عدتها ولم يوجد دليل على ان عدتها بالحمل لانه قد مضى بعد العدة ستة أشهر وهى كافية لتكوين الجنين لانها أقل مدة الحمل — وقال أبو يوسف يثبت نسبه الى سنتين لأنها فى زمن يحتمل البلوغ فهى كالكبيرة كما تقدم فى الفرقة بالطلاق — نعم اذا أقرت بانقضاء عدتها ومضى على آخر الانقضاء ستة أشهر فلا يثبت نسب ولدها اتفاقاً — وتأمل فى هذا فان العدة فى هذه الحالة معينة فالاقرار وعدمه سواء وان لم تمض عليه ستة أشهر بأن ولدته لاقل من هذه المدة يثبت نسبه لظهور كذبها — وان ادعت حبلا فحكمها حكم الكبيرة من انها اذا جاءت به لاقل من سنتين أو لتمامهما على الراجح يثبت نسبه لادعائها البلوغ بدعوى الحبل وظاهر الحال يشهد لها لان الفرض انها مراهقة فتصدق فى دعواها

ولا يخفى ان بعض مسائل ثبوت النسب مبنية على اعتبارات يدركها اللبيب المطلع على الأحكام المتقدمة وان كان العقل يستبعدها — انظر مادتي (٣٤٦و٣٤٧)

﴿ الفصل الرابع ﴾

﴿ في دعوى الولادة والاقرار بالابوة والبنوة والاخوة وغيرها واثبات ذلك ﴾

اعلم ان المرأة ان ادعت الولادة وصدقها الزوج في انها ولدت هذا الولد الذي تدعي ولادته ثبت نسبه منه ان لم ينفه فان نفاه بأن قال هذا الولد ليس مني اتبعت الاحكام المتقدمة

فان لم يصدقها الزوج فيما ادعت فهناك حالتان — الحالة الاولى ان يكون الفراش قائماً بأن لم يحصل سبب من أسباب الفرقة — الحالة الثانية ان يكون.

(مادة ٣٤٦) اذا كانت المطلقة مراهقة مدخولا بها ولم تدع حبلا وقت الطلاق ولم تقر بانقضاء عدتها وولدت لاقل من تسعة أشهر منذ طلقها زوجها يثبت نسب الولد منه فان جاءت به لتمام تسعة أشهر فاكثر فلا يثبت نسبه واذا أقرت بانقضاء عدتها فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولاقل من تسعة من وقت الطلاق ثبت نسبه والا فلا . وان ادعت حبلا وقت الطلاق يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لو الطلاق بائناً ولاقل من سبعة وعشرين شهراً لو الطلاق رجعياً

(مادة ٣٤٧) المراهقة التي توفي عنها زوجها ولم تدع حبلا وقت وفاته ولم تقر بانقضاء عدتها اذا ولدت لاقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت نسب الولد منه وان جاءت به لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام أو لاكثر فلا يثبت النسب منه . وان ادعت حبلا وقت الوفاة فحكمها كالكبيرة يثبت نسبه منه لاقل من سنتين ان لم تقر بانقضاء المدة فان أقرت بانقضائها لا يثبت نسبه الا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار

قد حصل سبب وعلى كل فاما أن ينكر نفس الولادة أو يعترف بها ولكنه يقول أن الولد الذى ولدته هو غير الذى تدعى ولادته

فاذا كان الفراش بين الزوجين موجوداً بان كان عقد الزواج باقياً وادعت الزوجة أنها ولدت وجحد الزوج نفس الولادة بان قال لم يحصل منك ولادة فلها أن تثبت دعواها بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة لان النسب ثابت بوجود الفراش والولادة يصح ان تثبت بامرأة مستوفية لشروط الشهادة لان شهادة النساء تصح فيما لا يطلع عليه الرجال فقد اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة منعاً للضرر وقال تعالى (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) ولو شهد بذلك رجل عدل وقال لم اتعمد النظر قبلت شهادته ولو انكر الزوج التعيين بان قال ولدت ولكن المولود غير هذا ثبت نسبه بشهادة القابلة أو غيرها ايضاً بشرط الاتصاف باهلية الشهادة – انظر مادة(٣٤٨)

واما اذا كان الفراش بين الزوجين غير موجود بان حصلت الفرقة بينهما فاما ان تكون الفرقة بالطلاق اوبالوفاة فان كانت بالطلاق فاما ان يكون رجعيا او بائنا فان كان رجعيا ولم تقر بانقضاء عدتها ثم ادعت انها ولدت بعد أكثر من سنتين من وقت الطلاق الى وقت الولادة وانكر الزوج الولادة فلها ان تثبت ولادتها بشهادة المرأة المتصفة بما ذكر فى المادة السابقة لان الفراش موجود لحدوث الحمل في العدة فيكون مراجعاً لها

(مادة ٣٤٨) اذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج تثبت بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة كما لو أنكر تعيين الولد فانه يثبت تعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر.

فيثبت النسب لقيام الفراش وتثبت الولادة بشهادة المرأة . وان ادعت انها ولدت بعد الطلاق لاقل من سنتين ولم يوافقها الزوج فلايثبت النسب الا اذا اعترف بالحمل اوكان ظاهراً بحيث ان كل من رآها يغلب على ظنه انها حامل فحينئذ يكفى فى ثبوت نسب الولد شهادة المرأة المتصفة بما ذكر والا فلا بد من بينة كاملة على انها ولدت وانما لزمت شهادة كاملة فيما اذا ولدته لأقل من سنتين ولم تلزم فيما اذاولدته لاكثر لان الفراش قد انقضى بالولادة فى حالة الاقل ولم ينقض فى حالة ما اذا ولدته لاكثر — وهذا قول الامام الاعظم وقال أبو يوسف ومحمد يثبت النسب بشهادة المرأة لان الولادة من الامور التى لايطلع عليها الاالنساء عادة وقد قال عليه الصلاةوالسلام «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه» وقد روى عن الزهرى انه قال قضت السنة بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن . وان كان الطلاق بائناً أوكانت الفرقة بالوفاة وادعت الولادة لأقل من سنتين أو لتمامها على الراجح فقال أبو حنيفة لا بدلثبوت النسب من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ان لم يصدق الزوج أوالورثة اولم يكن الحبل ظاهراً او يقر الزوج به لأن الفراش غيرموجود فان كان الحبل ظاهراً او أقر الزوج او الورثة بالحبل تكفى شهادة المرأةالتى هى اهل للشهادة ـ وقال ابو يوسف تكفى القابلة لان هذا من الامور التى لا يطلع عليها الا النساء كما تقدم — انظر مادة (٣٤٩) وتأمل

(مادة ٣٤٩) اذا ادعت معتدة الطلاق الرجعى أو البائن أومعتدةالوفاةالولادة لاقل من سنتين من وقت الفرقة وجحدها الزوج أو الورثة فلاتثبت الا بحجة تامة مالم

وجميع ما تقدم انما هو بالنسبة الى المنازعات التى تحصل بين المرأة وزوجها أو ورثته فى كون الولد منها أو لا وفى انها ولدت هذا الولد أم لا أما اذا قال رجل لولد مجهول النسب هذا ولدى وكان يولد مثله له بأن يظن ان مثل هذا الرجل يصح ان يكون أباً لمثل هـذا الولد وكان الظاهر لم يكذبه ولم يكن مشهوراً بالعته فيثبت نسب الولد منه متى كان هذا الولد غير مميز أما اذا كان مميزاً فلا يثبت النسب الا بتصديق الولد ويشارك الولد بقية الورثة ولو كان الاعتراف بالنسب فى حالة مرض المعترف ولو أنكر الورثة نسبه لا يلتفت اليهم بل انه يرث من ابى المقر وغـيره من أقاربه سواء اعترفوا بنسبه أو لم يعترفوا وذلك لان النسب قـد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفسه وهو أدرى من غيره بالنسبة لما أقر به فيرجح قوله على قول غيره

فاذا ادعت امرأة ان الولد ابنها وانه من المقر وانها زوجة له وكانت مشهورة بأنها أمه وبالاسلام وحرية الاصل أو الحرية العارضة لها قبل ولادته بسنتين ورثت أيضاً من المقر اذا وافق الورثة على ذلك فان نازعها الورثة وقالوا انها لم تكن زوجة للمقر أو اعترفوا بالزوجية ولـكن انكروا كونها مسلمة وقت موت المقر أو كانت زوجة له وهى رقيقة ولم يكن ذلك معلوماً فلا ترث منه فان اثبتت أمام القاضى زوجيتها له واسلامها وقت موته وحريتها الاصلية أو العارضة قبل ولادة الولد بسنتين صحت دعواها وورثت . وان لم ينازعها الورثة ولـكن كانت زوجيتها مجهولة أو حريتها أو اسلامها كذلك فلا ترث

يكن الزوج أو الورثة قد اقروا بالحبل أو كان الحبل ظاهراً غير خاف فان جحدوا تعيين الولد يثبت بشهادة القابلة كما مر

أيضاً الا اذا أثبتت دعواها بالبينة ولو كانت حريتها عارضة لاقل من سنتين قبل ولادتها فلا ترث لاحتمال كونها أمة له واستولدها أو أمة لغيره وتزوجها منه ثم ولدت هذا الغلام وأقر به فهي ليست من أهل الارث — انظر مادة (٣٥٠)

وهذا اذا كان الرجل هو المقر أما اذا أقرت امرأة بأنها أم لولد يولد مثله لمثلها وكان مجهول النسب فاما ان تكون غير متزوجة ولا في عدة الازواج وأما ان تكون متزوجة أو معتدة لزوج فان كانت خالية عن الزوج وليست في عدة زوج وأقرت بالامومة للولد المتصف بما ذكر فحكمها حكم الرجل الذي أقر بمجهول النسب الذي يولد مثله لمثله من انها تصدق بمجرد اقرارها ويثبت نسبه منها بلا توقف على تصديقه ان كان غير مميز وقال بعضهم لا يثبت نسب الولد من المرأة الا بحجة تامة ويفرقون بين الرجل والمرأة بأن الولد محتاج الى نسب أبيه حتى لا يكون زنيماً فدرءاً للعار عنه ومحافظة على شرفه يكتفي

(مادة ٣٥٠) اذا أقر رجل بنوة غلام مجهول النسب وكان في السن بحيث يولد مثله لمثله وصدقه الغلام ان كان مميزاً يعبر عن نفسه أو لم يصدقه يثبت نسبه منه ولو أقر ببنوته في مرضه وتلزمه نفقته وتربيته ويشارك غيره من ورثة المقر ولو جحدوا نسبه ويرث أيضاً من أبي المقر وان جحده . وان كان للغلام ام وادعت بعد موت المقر انها زوجته وان الغلام ابنها منه وكانت معروفة بأنها أمه وبالاسلام وحرية الاصل أو بالحرية العارضة لها قبل ولادته بسنتين فانها ترث أيضاً من المقر فان نازعها الورثة وقالوا انها لم تكن زوجة لأبيهم أو انها كانت غير مسلمة وقت موته ولم يعلم اسلامها وقتئذ أو أنها كانت زوجة له وهي أمة فلا ترث . وكذلك الحكم اذا جهلت حريتها أو أمومتها للغلام أو اسلامها ولو لم ينازعها أحد من الورثة

بمجرد اقرار الرجل بدون مبالاة بما يترتب على الولد من الحقوق التى تثبت عليه للمقر بمجرد الاقرار لان مراعاة ثبوت النسب اولى للولد من مراعاة الحقوق التى تثبت عليه ولانه اذا اجتمع ضرران ارتكب الاخف وهذا غير موجود فى اثبات النسب له من جهة الام لان العار لا يلحقه بجهل نسبه لامه فليس محتاجا الى نسبه من أمه احتياجه الى نسبه من ابيه وبناء على ذلك لا يكتفى باقرار المرأة بل لا بد أن تثبت نسبه منها بحجة تامة أى رجلين أو رجل وامرأتين وذلك مراعاة لمصلحة الولد لانه يترتب على نسبته لها حقوق الام على ولدها وبهذا اندفع ما يظهر من التنافى بين هذا الحكم والحكم المأخوذ من مادة (٣٦٣) فان كلا منهما جار على رأى

وان كانت المرأة متزوجة فاما أن تقر بان الولد ابنها منه أومن غيره فان كان الاول وصدقها ثبت نسبه منهما وان لم يصدقها فلها اثبات أمومتها بالقابلة المعروفة بالصدق والامانة أو بامرأة متصفة بما ذكر أو بشهادة رجل عدل لقيام الفراش ومتى ثبتت أمومتها بماذكر ثبتت أبوة زوجها له وان كان الثانى فالحكم لا يختلف غير أنه لا يحتاج الى تصديق الزوج (انظر وتأمل) وان كانت معتدة فاما ان تكون معتدة لطلاق رجعى أو بائن فان كانت معتده لطلاق رجعى فحكمها حكم المتزوجة لأن الفراش موجود حكماً فيثبت قولها بشهادة القابلة الحرة المسلمة العدلة كما تقدم وان كانت مطلقة طلاقاً بائناً ففى ذلك خلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه أبى يوسف ومحمد قال أبو حنيفة لا يثبت قولها الا بحجة تامة أى بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الفراش غير موجود حيث أنها مبانة وقال أبو يوسف ومحمد يكتفى بشهادة امرأة تكون أهلا لاداء الشهادة

وقد تقدم نظير ذلك فى مادة ٣٤٩ -- انظر مادة (٣٥١)

وكل هذا فيما اذا كان الاقرار بالبنوة اما اذا حصل اقرار بالابوة أو بالامومة بان أقر ولد مميز مجهول النسب ذكراً كان أو انثى لرجل بأنه ابوه أو أقر لامرأة بأنها أمه وكان لا يكذبه الظاهر بان كان يولد مثله لمثل الرجل المقر له او المرأة المقر لها فاما أن يصدقه الرجل المقر له أو المرأة المقر لها اولا فان صدقه المقر له صح اقراره وثبت نسبه وان لم يصدقه فله اثبات ما اقر به بالبينة اى بشهادة رجلين أورجل وامرأتين وان عجز المقر عن الاثبات بالبينة يحلف المقر له فان حلف بطل قول المقر وان امتنع عن الحلف ثبتت الدعوى وثبت نسبه من المقر له ومتى ثبت نسبه من الرجل أو المرأة وجبت بينهما الحقوق الواجبة بين الآباء والابناء فتثبت بينهما احكام النفقة والحضانة والولاية فى النفس وفى المال ونحو ذلك - انظر مادة (٣٥٢)

فقد علمت مما ذكر حكم الاقرار بالبنوة والابوة فلو كان بالاخوة صح الاقرار ايضا ولكن يكون قاصرا على المقر فاذا توفى رجل فاقر احد اولاده

(مادة ٣٥١) اذا لم تكن المرأة متزوجة ولا معتدة لزوج وأقرت بالامومة لصبي يولد لمثلها وصدقها ان مميزاً أو لم يصدقها صح اقرارها عليها ويرث منها الصبي وترث منه فان كانت متزوجة أو معتدة لزوج فلا يقبل اقرارها بالولد الا أن يصدقها الزوج أوتقام البينة على ولادتها لومعتدة أو تشهد امرأة مسلمة حرة عدلة لومنكوحته أوتدعى أنه من غيره

(مادة ٣٥٢) اذا أقر ولد مجهول النسب ذكرا كان أو انثى بالابوة لرجل أو بالامومة لامرأة وكان يولد مثله لمثل المقر له وصدقه فقد ثبتت ابوتهما له ويكون عليه ما للابوين من الحقوق وله عليهما ما للابناء من النفقة والحضانة والتربية

وكان عاقلا بالغاً لشخص مجهول النسب بأنه اخوه صح اقراره في حق نفسه لا غير لان الاقرار حجة قاصرة على نفس المقرفلا يسري اقراره على الورثة الذين لم يوافقوا المقر على اقراره ويشارك المقر له المقر في نصيبه وقد اختلف الفقهاء في مقدار ما يأخذه منه فقال بعضهم يأخذ نصف نصيب المقر اذا كان المقر له مذكراً وثلثه اذا كان مؤنثاً وذلك لانه لما لم يصح اقراره في حق باقي الورثة يعتبر ما في أيديهم بمنزلة الهالك وكأن الميت لم يترك سوى ما في يد المقر وبما أنه مذعن بان المقر له يساويه في الاستحقاق ان كان مذكراً فيستحق نصف نصيبه وان كان مؤنثاً فهو يعترف بانها تستحق نصف ما يستحق لما هو معلوم من ان المذكر له في الميراث ضعف نصيب الانثى

وقال بعض المحققين ان المقر له لا يأخذ من المقر الا المقدار الذي دخل في حصته من نصيب المقر له وما دخل من نصيبه في حصص باقي الورثة يعتبر هالكا لان المقر يعترف بان المقر له يستحق في مجموع التركة وقد بطل اقراره بالنسبة لما دخل في حصص باقي الورثة وصح بالنسبة لما دخل في حصته فيستحق المقر له الجزء الذي دخل في نصيب المقر لا غير فاذا مات خالد وترك علياً واسماعيل وكانت التركة تساوي اثني عشر الف قرش فاقر علي بان محمداً أخوه ولم يوافقه على ذلك اسماعيل فعلى الرأي الاول يستحق محمد نصف نصيب علي وهو ثلاثة آلاف قرش وعلى الرأي الثاني يستحق الفين لا غير وذلك لان أصل التركة اثنا عشر الف قرش فلو كانت الورثة ثلاثة يستحق كل واحد أربعة آلاف قرش فيكون الذي دخل في حصة غير المقر

الفين وقد لغى الاقرار بالنسبة لهما فيعتبر ذلك المقدار هالكا والذى دخل فى نصيب المقر من استحقاق المقر له الفان وقد صح اقراره بالنسبة لهما — انظر مادة(٣٥٣)

فقد علمت مما ذكر انه يشترط فى ثبوت نسب الولد المقر او المقر له كونه مجهول النسب فلو كان معروف النسب فلا يثبت نسبه بل يقال له دعىّ فالدعىّ هو شخص معروف النسب قد تبناه غير ابيه وهذا امر كان موجوداً فى الجاهلية فان الرجل منهم كان اذا راقه غلام لنشاطه مثلا ضمه الى نفسه وجعل له مثل نصيب الذكر من أولاده فى ميراثه وكان ينسب اليه فيقال فلان بن فلان واستمر ذلك فى صدر الاسلام حتى ان النبي صلى الله عليه وسلم تبنى سيدنا زيد بن حارثة الى أن نزل قوله تعالى (ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله) فقال عليه الصلاة والسلام لسيدنا زيد انت زيد ابن حارثة وبناء على ذلك يكون المتبنى ليس ابناً أصلا فلا يعطى الحقوق التى هى واجبة على الآباء للابناء فلا يرث من متبنيه ولا يستحق النفقة ولا اجرة الرضاع والحضانة وكذا المتبنى لا يعطى حقوق الآباء على الابناء فلا يستحق عليه النفقة لو كان فقيراً والدعى موسراً ولا يرثه وليس له عليه ولاية فى النفس ولا فى المال بهذا التبنى لانه أجنبي منه فتصح شهادة كل منهما للآخر وليس بينهما ما يوجب حرمة المصاهرة فاذا كانت انثى جاز للمتبنى التزوج بها ما لم يمنع مانع آخر من ذلك واذا كان أحدهما له امرأة قد طلقها وانقضت

(ماده ٣٥٣) من مات أبوه فأقر بأخ مجهول النسب لا يقبل اقراره الا فى حق نفسه فلا يسرى على بقيــة الورثة الذين لم يصدقوه ويشاركه المقر له فى نصيبه ويأخذ نصفه .

عدتها جاز للاخر أن يتزوجها الا إذا حرمت عليه بسبب آخر من أسباب موانع الزواج المتقدمة فى مبحث المحرمات — انظر مادة (٣٥٤)

فالذى علم انه متى حصل اقرار بالبنوة او الابوة او الاخوة وكان مستوفياً للشروط المتقدمة التى منها تصديق المقر له المقر يثبت النسب وان كان هناك فرق بين الاقرار بالبنوة والابوة وغيرها فان لم يحصل تصديق من المقر له فللمقر ان يثبت ما ادعى به وان كانت طريقة الاثبات تختلف بين دعوى البنوة والابوة وغيرها . وبيانه أن الدعوى اما أن تكون بالابوة او البنوة او غيرها فان كان الاول وكان المدعى عليه حياً صحت اقامة الدعوى عليه او على من قام مقامه ولو لم تكن ضمن دعوى حق آخر فان كان ميتاً فلا بد أن تكون الدعوى ضمن دعوى حق آخر . وان كان الثانى وهو دعوى غير البنوة والابوة كالاخوة والعمومة فلابد ان تكون الدعوى ضمن دعوى حق آخر سواء كان المدعى عليه حياً أو ميتاً لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الشخص الذى ينتهى اليه النسب. وعند ما يراد اثبات النسب ضمن دعوى حق يكون الخصم فى ذلك هو أحد الورثة اذا كانت التركة تحت يده ويشترط أن يبين المدعى جميع التركة بياناً كافياً ويبين جميع الورثه ومقدار نصيبه الذى يستحقه فيها وجهة الارث التي يستحق بها ليكون القاضى على بصيرة من الدعوى وكذا يصح أن يكون الخصم الوصى أو الموصى له أو الدائن أو المدين فان كان الاول وهو الوصى فيمكن اقامة الدعوى عليه بان يقول أن

(مادة ٣٥٤) الدعى ليس ابناً حقيقياً فمن تبنى ولداً معروف النسب فلا تلزمه نفقته ولا أجرة حضانته ولا تحرم عليه مطلقته ويتصاهران ولا يتوارثان

مورثى جعله وصياً على التركة وقد وضع يده عليها فأطلب منه أن يسلم لى حق وهو كذا لانى ارث مورثى بجهة كذا وعدد الورثة هو كذا فيقر المدعى عليه بالايصاء وينكر استحقاقه فى التركة فيثبت دعواه

وان كان الثانى وهو الموصى له فصورة اقامة الدعوى عليه أن يقول ان مورثى فلاناً الفلانى قد اوصى لفلان المدعى عليه بالتركة وهو قد وضع يده عليها فأطلب منه أن يسلم لى حقى فى التركة وهو ثلثاها لانى وارث لمورثى بجهة كذا ولا وارث له غيرى ولا أجيز الوصية فلا يستحق غير ثلثها فينكر المدعى عليه قرابته للمورث فيثبت دعواه

وان كان الثالث وهو الدائن كأن يكون لشخص حق اختصاص على التركة أو جزء منها بأن تكون التركة أو بعضها تحت يده بطريق الرهن مثلا فيريد دفع الدين له وفك العين المرهونة فيأبي وينكر نسبه الى المدين فيخاصمه حتى يثبت في وجهه نسبه ويلزمه بأخذ دينه وتسليمه ما هو مرهون عنده

وان كان الرابع وهو المدين بان يكون على شخص دين للمتوفى فيطلب مدعى النسب أمام القاضى أنه يستحق نصف الدين الذى عليه مثلا أو ربعه بصفته وارث فلان ويطلب من القاضى أن يأمره بالتسليم فيقر المدعى عليه بالدين وينكر نسبه للمتوفى فيثبت دعواه فى وجهه لان كلا من هؤلاء يصلح ان يكون خصما له فيكون اثبات النسب تابعاً لاثبات الحق وعلى كل حال فلا بد أن يذكر المدعى جميع شروط الدعوى التى منها جهة الارث والشخص الذى ينتهى اليه الخصمان بأن يذكر فى دعواه الاب اذا كان المدعى عليه هو

الاخ ويذكر اسم الجد إذا كان المدعى عليه هو العم وهكذا — انظر مادة(٣٥٥)

﴿ الفصل الخامس ﴾

فى أحكام اللقيط

اللقيط لغة اسم لما يرفع من الارض وشرعاً إسم لمولود حى نبذه أهله خوفاً من الفقر أو فراراً من تهمة الزنا وهذا هو الغالب الآن ثم أن اللقيط اما ان يوجد فى محل يغلب عليه الهلاك ويكون بحيث لو لم يلتقطه لهلك وفى هذه الحالة يكون التقاطه فرض عين بمعنى انه يتعين على من وجده أن يأخذه وإما أن يكون فى محل يغلب عليه الهلاك ولكن لو لم يأخذه من وجده يلتقطه غيره وفى هذه الحالة يكون التقاطه فرض كفاية. وفرض الكفاية هو الذى اذا قام به البعض سقط عن الباقين مثل تجهيز الميت والصلاة عليه . وان وجد فى مكان لا يغلب عليه الهلاك يكون التقاطه سنة ومندوبا والسنة هى ما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم قولا أو فعلا وعلى كل حال فنابذه آثم يستحق التعزير فى الدنيا من اولى الامر والعقاب فى الآخرة من الله جل وعلا لانه اهان نفسا مكرمة قال تعالى (ولقد كرمنا بنى آدم) وربما

(مادة ٣٥٥) تثبت الابوة والبنوة والاخوة وغيرها من أنواع القرابة بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول ويمكن اثبات دعوي الابوة والبنوة مقصودة بدون دعوى حق آخر معها اذا كان الاب أو الابن المدعى عليه حياً حاضراً أو نائبه فان كان ميتاً فلا يصح اثبات النسب منه مقصوداً بل ضمن دعوى حق يقيمها الابن او الاب على خصم والخصم فى ذلك الوارث أو الوصى او الموصى له أو الدائن أو المديون وكذلك دعوى الاخوة والعمومة وغيرها لا تثبت الا ضمن دعوى حق .

قتلها بهذا الالقاء ولأن القاءه ينافى الشفقة التى حث عليها النبي عليه الصلاة والسلام بقوله (من لا يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا) ومن وجده والتقطه يتعين عليه حفظه لانه قد التزم ذلك بالالتقاط فيحرم عليه نبذه ثانياً ومن نبذه بعد التقاطه يكون آثماً اثم من طرحه اولا — انظر مادة (٣٥٦)

واللقيط حر لان الاصل فى بنى آدم الحرية والرق عارض عليها والاصل ابقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره فلا يحكم برقه الا ببينة تشهد على ذلك فيعامل معاملة الاحرار من صحة شهادته وثبوت الولاية له وغير ذلك من أحكام الحرية . ولا فرق فى ذلك بين كون ملتقطة حراً أو رقيقاً هذا بالنظر الى حريته أما بالنظر الى اسلامه فلا يخلو حاله من أحد أمور أربعة لان واجده اما أن يكون مسلماً والمحل الذى وجد فيه مقر المسلمين وحكمه فى هذه الحالة أن يكون مسلماً اتفاقاً وإما أن يكون ملتقطه غير مسلم ذمياً كان أو مستأمناً والمحل الذى وجد فيه مقر غير المسلمين وفى هذه الحالة يكون غير مسلم بلا خلاف وإما أن يكون واجده مسلماً والمقر الذى وجد فيه مقر الذميين وحكمه أن يكون مسلماً تبعاً للواجد على الصحيح لان الاسلام فى فائدته وقال بعضهم هو غير مسلم تبعاً للمكان ولكنه مرجوح وإما أن يكون ملتقطه ذمياً فى مكان المسلمين وحكمه أن يكون مسلماً تبعاً للمكان

(مادة ٣٥٦) اللقيط وهو المولود الذى ينبذه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الريبة يستحق الشفقة عليه من أبناء جنسه ويأثم مضيعه ويغنم محرزه احياء لنفسه فمن وجد طفلا منبوذاً فى أي مكان فعليه اسعافه والتقاطه وهو فرض ان غلب على ظنه هلاكه لو لم يلتقطه والا فمندوب ويحرم طرحه والقاؤه بعد التقاطه

الذى وجد فيه على الراجح وقال بعضهم يكون غير مسلم تبعاً للواجد والمعول عليه هو الاول — انظر مادة (٣٥٧)

والملتقط أحق بامساك اللقيط من غيره لما له عليه من نعمة الالتقاط فليس لاحد أخذه منه قهراً ولو كان حاكما فقد روى ان رجلا التقط لقيطاً فأتى به الى الامام على كرم الله وجهه فقال هو حر ولم يأخذه منه بالولاية العامة نعم اذا كان واجده غير أهل لحفظه بأن كان بحالة يضيع الولد عنده معها وجب نزعه منه وتسليمه الى من يحفظه واذا سلمه لغيره برضاه واستلمه ذلك الغير راضياً فليس للأول أخذه من الثانى لانه أسقط حقه والساقط لا يعود واذا أراد الملتقط ان يسلمه للحاكم فله ان لا يقبله الا ببينة تشهد على انه لقيط لجواز ان يكون ابنه وانه أراد تسليمه للحاكم فراراً من تربيته. هذا اذا كان الملتقط واحداً فان وجده اثنان وتنازعا فيه فان كان أحدهما مسلما والآخر ذمياً فالمسلم أحق به لانه أنفع له فان استويا فى الدين بأن كانا مسلمين أو ذميين سلمه الحاكم لانفعهما له وان اتحدا فى جميع الاوصاف فالرأى للقاضى يسلمه الى من شاء — انظر مادة (٣٥٨)

وقد يتفق ان من يطرح المولود يضع معه مالا يستعين به الواجد على تربيته فحكم هذا المال ان يعتبر ملكا للقيط لانه فى يده وهو من أهل الملك لكونه حراً فيكون ما فى يده له ولا فرق فى ذلك بين ان يكون المال

(مادة ٣٥٧) اللقيط حرّ فى جميع أحكامه ومسلم ولو كان ملتقطه ذمياً ما لم يوجد فى مقر أهل الذمة وكان ملتقطه غير مسلم

(مادة ٣٥٨) الملتقط أحق بامساك اللقيط من غيره فليس لاحد أخذه منه قهراً

مشدوداً به أو بدالية فى ثيابه أو فوقه أو تحته أو على دابة هو عليها وبما ان الملتقط ليس له عليه الا ولاية الحفظ فليس له أن ينفق عليه منه الا باذن القاضى بما له من الولاية العامة واذا أنفق الملتقط على اللقيط من مال نفسه فليس له أن يرجع على اللقيط بل يعتبر متبرعاً الا إذا أنفق عليه باذن القاضى بأن قال له أنفق لترجع فحينئذ يثبت له حق الرجوع عليه

نعم اذا تعذر اذن القاضى لبعد المسافة أو لكونه متعنتاً لا يأذن كفى فى جواز الانفاق عليه والرجوع بما انفقه الاشهاد على ذلك — انظر مادة (٣٥٩)

وبما ان اللقيط تحت رعاية الملتقط فعليه ان يسعى له فى كل ما يعود عليه بالمنفعة حتى يكون له مستقبل حسن فيثقف عقله بالعلم اذا كان مستعدا له فان كان غير مستعد لذلك اختار له حرفة تساعده على المعيشة فى هذه الحياة الدنيا واذا أراد الملتقط ان ينقله من جهة الى أخرى جاز له ذلك اذا لم يكن المحل المنقول اليه مضراً به بأن كان غير آمن أو كان بحالة تفسد فيها اخلاق اللقيط وكذا يسوغ له ان يتصرف فى أموره الضرورية التى هى نافعة له نفعاً محضاً فيجوز ان يشترى له الطعام والكسوة ويؤجر له مسكناً يسكن

ولو كان حاكما الا بسبب يوجب ذلك كأن كان غير أهل لحفظه وان وجده اثنان مسلم وغير مسلم وتنازعاه يرجح المسلم ويقضى له به فان استويا فى الدين وفى الترجيح فالرأى مفوض الى القاضى

(مادة ٣٥٩) اذا وجد مع اللقيط مال فهو له وينفق الملتقط عليه منه بعد استئذان القاضى فان انفق من مال نفسه على اللقيط فهو متبرع ولا يكون ما أنفقه ديناً على اللقيط الا ان يأذن له القاضى بالانفاق عليه

فيه ونحو ذلك مما لابد منه ويجوز له ان يقبل الهبة التى وهبت له ويقبضها له وكذا العارية والصدقة واما الاشياء التى ليست ضرورية ولم تتمحض لنفعه كالتزويج والختان والتجارة فى أمواله واجارته لتكون الأجرة للملتقط فليس له ذلك لان الولاية على الغير تكون بقرابة أو ملك أو سلطة عامة ولم يوجد شىء من ذلك عند الملتقط والتصرف فى المال يكون بكمال الرأى ووفور الشفقة وذلك يوجد فى الأب والجد لاغير نعم اذا جعله القاضى ولياً عليه أو اذن له فى ذلك صح — انظر مادة (٣٦٠)

ولا يخفى ان اللقيط غير معلوم النسب فهو محتاج اليه اىّ احتياج لانه يسر بثبوت نسبه ويتضرر بعدمه اذ يعير بذلك فاذا ادعاه واحد يثبت نسبه بمجرد الدعوى لانها فى فائدته

وان دعاه اثنان فاما ان يكون الملتقط واحداً منهما أولا فان كان الاول قدمت دعوى من أقام البينة سواء كان الملتقط أو غيره لان البينة أقوى براهين الاثبات فان لم توجد بينة قدمت دعوى الملتقط لان الظاهر يشهد له لكونه فى يده حتى لو ان غير الملتقط وصف علامة فى بدنه ووافقت لا يقدم لان وضع اليد أقوى من العلامة وكان مقتضى القياس ان لا تقبل دعوى الملتقط لانه باعترافه بأنه لقيط يكون معترفاً بأنه ليس ابناً له فيكون

(مادة ٣٦٠) يسلم الملتقط اللقيط لتعلم العلم أولا فان لم يجد فيه قابلية سلمه لحرفة يتخذها وسيلة لتكسبه وله نقله حيث شاء وشراء ما لابد له منه من طعام وكسوة وقبض ما يوهب له أو يتصدق به عليه وليس له ختنة ولا تزويجه ولا اجارته لتكون الاجرة للملتقط ولا التصرف في ماله بغير شراء ما ذكر من حوائجه الضرورية

متناقضاً الا انه تسومح فى ذلك التناقض لأنه قد يخفى على الانسان ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض فيما يخفى سببه مغتفر واذا كان المدعى غير مسلم يكون اللقيط مسلماً تبعاً للمكان أو الواجد اذا ثبت النسب بمجرد الدعوى فان اثبت بنوته بالبينة صار تابعاً له فى دينه أيضاً وكذا يكون تابعاً له فى دينه اذا التقطه ذمى من مكان أهل الذمة كالبيعة أو الكنيسة أو الحارة الخاصة بهم ثم ان كون النسب يثبت بمجرد دعوى الملتقط اذا كان اللقيط حياً فان كان ميتاً فلا يثبت النسب الا بالبينة سواء ترك مالاً أو لم يترك لان الولد حينئذ غير محتاج الى النسب فتكون دعوى ارث فلا بد فيها من البينة له وهذا ظاهر بالنسبة لما اذا كان له مال فاذا لم يكن له مال تكون دعوى ارث أيضاً لاحتمال انه يظهر له مال فى المستقبل — انظر مادة (٣٦١)

وان كان الثانى وهو ما اذا كان المدعيان خارجين فاما ان يسبق احدهما الآخر أولا فان سبق أحدهما حكم له أقام بينة أولا وفى حالة الحكم له بدون بينة اذا اقام المتأخر بينة فدعواه اولى لتقويتها بالبينة وان ادعياه معاً قدمت دعوى من اقام البينة وان عجز كل منهما عنها ولكن وصف احدهما علامة فى بدنه ووافقت صحت دعواه وبطلت دعوى الآخر لان وصف العلامة يدل على انه كان فى يده وذو اليد مقدم على غيره كما تقدم وان كان احدهما مسلماً والآخر ذمياً ولم ترجح دعوى أحدهما بينة او علامة فدعوى المسلم اولى لترجيحه بالاسلام لأنه انفع للولد وان استوى المدعيان معاً ولم يوجد مرجح لاحدهما على الآخر يثبت نسبه من كل

(مادة ٣٦١) اذا ادعى اللقيط واحد ولو غير الملتقط ثبت نسبه منه بمجرد دعواه

منهما لانه لا مرجح لاحدهما على الآخر وقد اعترف كل منهما بمافيه المنفعة للولد وبناء على ذلك يلزمهما ما يلزم الآباء للابناء فيجب عليهما معا ما يحتاج اليه من أجرة الرضاعة والحضانة وغير ذلك ويرث كلا منهما ارث ابن كامل اذا ماتا قبله وكان أهلا للميراث وقال الشافعي يرجع الى القافة فيثبت نسبه من أقربهما اليه شبها — أنظر مادة (٣٦٢)

هذا اذا كانت الدعوى من الرجال واما اذا كانت من النساء فلا يخلو الحال من أن تدعيه امرأة واحدة أو أكثر فان ادعته امرأة فاما أن يكون لها زوج حقيقة أو حكما بان تكون في عدة الرجعي اولا فان كان الاول فاما أن يصدقها الزوج أو يكذبها فان صدقها قبلت دعواها وثبت نسبه منهما وان كذبها فلها أن تثبت دعواها بشهادة القابلة الحرة البالغة العاقلة العدلة أو او امرأة متصفة بما ذكر او بشهادة رجل حر كذلك لان الفراش قائم فلم يبق الا اثبات الولادة وهي تثبت بما ذكر كما تقدم في ثبوت النسب في شرح مادة (٣٤٨)

وان كان الثاني وهو ما اذا كانت الزوجية غير قائمة لا حقيقة ولا حكما

ولو ذميا ويكون اللقيط مسلماً تبعاً للواجد أو المكان ان كان اللقيط حياً فان كان ميتاً فلا يثبت الا بحجة ولو لم يترك مالا وان ادعاه نفس الملتقط ونازعه خارج فالملتقط أولي به ولو وصف الخارج في جسده علامة ووافقت

(مادة ٣٦٢) اذا ادعى اللقيط اثنان خارجان وسبقت دعوى أحدهما على الآخر فهو ابن السابق عند عدم البرهان وان ادعياه معاً ووصف أحدهما علامة فيه ووافقت الصحة يقضى له به ما لم يبرهن الآخر . وان ادعاه مسلم وذمي معاً فالمسلم أولى

وكانت معتدة لطلاق بائن فلا تثبت دعواها الا بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول هذا عند الامام وقال أبو يوسف ومحمد يكفى شهادة القابلة التى هى أهل لاداء الشهادة لبقاء أثر النكاح وهو العدة والاول اصح هذا كله اذا لم تصرح بانه ابنها من غير زوجها فان صرحت بانه ابنها من غيره صدقت بمجرد دعواها لما فيه من منفعة الولد لانه يلزمها حضانته وارضاعه والنفقة عليه لو كان معسراً وهى موسرة ومثل هذا ما اذا لم يكن لها زوج أصلا (تأمل واحكم) وقال بعض المحققين لاتثبت دعواها الا ببينة تامة اى رجلين او رجل وامرأتين أهل لاداء الشهادة . والفرق بين هذا وبين قبول دعوى الرجل هو أن فى قبول دعوى الرجل وثبوت نسب اللقيط منه بمجرد دعواه دفع العار عنه بأثبات نسبه الذى لولاه لكان زنيما مقطوع النسب بخلاف نسبه الى أمه فانه لا يلحقه عار بعدم معرفة أمه وفى ثبوت نسبه من أمه ايجاب حقوق كثيرة عليه فلا بد فى اثباتها عليه من البينة وهذا هو الاصح

وان ادعاه امرأتان أو أكثر فأيتهن أقامت البينة فهى أولى وان اقمن جميعاً البينة ثبت نسبه منهن لعدم المرجح هذا هو رأى الامام وقال أبو يوسف لا يثبت نسبه لتعارض البينات فان كل بينة تكذب الاخرى وفى الواقع لا يمكن ان تصدق الا بينة واحدة وباقى البينات كاذبة لاستحالة ولادة الولد الا من امرأة

به وان استوى المدعيان معاً ولم يكن لاحدهما مرجح على الآخر يثبت نسبه منهما ويلزمهما فى حقه ما يلزم الآباء للابناء من أجرة الحضانة والنفقة بأنواعها ويرث من كل منهما ان كان أهلا للميراث

واحدة وبما ان الصادقة غير معلومة للقاضى فلا يمكن الحكم لها ولا للكل اما عدم امكان حكمه للصادقة فظاهر لما انه لا يعرفها واما حكمه للكل فلأنه يترتب عليه ثبوت نسب الولد ممن هى كاذبة فيكون حكماً بلا بينة وقد تقدم ان الولد لا يلحقه عار بعدم معرفة نسبه من أمه فلا تثبت دعوى الامومة الا ببينة وهذا هو الظاهر — انظر مادة (٣٦٣)

ونفقة اللقيط واجبة فى ماله ان كان له مال أو على أبيه ان ادعى أحد نسبه أو على قريبه ان علم له قريب فان لم يكن شىء من ذلك فنفقته على بيت المال لان تركته ولو دية له اذ الغرم بالغنم وكذلك يجب على بيت المال بدل جنايته اذا جنى اللقيط على أحد واذا كان محتاجاً لزوجة تخدمه لضرورة دعت الى ذلك لزم بيت المال تزويجه أما اذا كان غير محتاج اليها للخدمة فلا يجب عليه ذلك لانه يلزم على ذلك صرف أموال المسلمين بدون ضرورة وهو لا يجوز — انظر مادة (٣٦٤)

﴿ الباب الثانى ﴾

« فيما يجب للولد على الوالدين »

كما ان للوالد على ولده حقوقاً كذلك للولد على أبويه حقوق ينبغى القيام

(مادة ٣٦٣) اذا ادعت اللقيط امرأة ذات بعل فان صدقها أو أقامت بينة على ولادتها أو شهدت لها القابلة صحت دعوتها وثبت نسبه منها ومن بعلها والا فلا وان لم تكن ذات بعل فلا بد من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين

(مادة ٣٦٤) اذا لم يكن للقيط مال ولا ادعى أحد نسبه وأبى الملتقط الانفاق عليه وبرهن على كونه لقيطاً يرتب له من بيت المال ما يحتاج اليه من نفقة وكسوة

بهافيلزمهما تربيته تربية حسنة كل بما يناسبه فالام تحضنه وترضعه والاب يقوم بمصالحه ولوازمه فينفق عليه ويؤدبه عند استعداده لذلك بأن يعوّده على الاخلاق الحسنة ويجنبه الاخلاق السيئة واذا تعددت الاولاد يطلب من الابوين المساواة بينهم حتى يكونوا متحابين فان ايثار بعضهم على بعض يغرس بينهم أشجار البغضاء والخلاف ولذلك قال عليه الصلاة والسلام « ساووا بين أولادكم فى العطية » وقال صلى الله عليه وسلم : « من حق الولد على الوالد ان يحسن أدبه ويحسن اسمه » : فاذا بلغ ست سنين نظمه فى سلك تعليم ما هو مستعد له ليتحلى بأعظم حلية ويكون عضواً عاملا فى الهيئة الاجتماعية فيكون لابويه أثراً حميداً وذكراً حسناً وكذا ينبغى للاب ان يعتنى بحفظ مال أولاده بقدر ما يمكنه ويحرم عليه ضياعه فى غير مصالح أولاده الشرعية وعلى الابوين ان يكونا مثال الاستقامة والادب أمام أولادهم وبذلك تنشأ الاولاد مطبوعة على الاخلاق الحسنة المكتسبة بطريق العمل فى مبدأ فطرتهم حتى تكون طبيعة لهم فيعملون بها ما عاشوا ويعلمون أولادهم وغيرهم بحيث يكون الابوان قد سنا سنة حسنة ومن سن سنة حسنة فله ثوابها وثواب من عمل بها الى يوم القيامة — انظر مادة (٣٦٥)

وسكنى ودواء اذا مرض ومهر اذا زوجه القاضى ويكون ارثه ولو دية لبيت المال وعليه ارش جنايته

(مادة ٣٦٥) يطلب من الوالد أن يعتنى بتأديب ولده وتربيته وتعليمه ما هو ميسر له من علم أو حرفة وحفظ ماله والقيام بنفقته ان لم يكن له مال حتى يصل الذكر الى حد الاكتساب وتتزوج الانثى ويطلب من الوالدة الاعتناء بشأن ولدها وارضاعه فى الاحوال التى يتعين عليها ذلك

﴿ الفصل الاول ﴾

فى الرضاعة

الام لا تجبر على ارضاع ولدها لان امتناعها دليل على عدم قدرتها على ذلك نظراً لوفور شفقتها ولذا قال تعالى (وان تعاسرتم فسترضع له أخرى) غير ان هنالك أحوالا ضرورية تستدعى اجبار الام على ارضاع ولدها وهى ثلاثة:

أولا — اذا كان الاب فقيراً لا يجد ما يستأجر به من ترضعه ولا مال للولد فتجبر على الارضاع لاجل حفظ حياة الولد .

ثانياً — اذا وجد مال عند الاب أو الولد ولم يوجد من ترضعه فيلزمها ارضاعه احياء لنفسه وقال بعضهم لا يلزمها ذلك لأنه يمكن استغناء الولد عن اللبن بأشياء أخرى كدهن اللوز والاول هو الصحيح لأن قصر الرضيع الذى لم يتعود الطعام على الدهن والشراب قد يؤدى الى ضعفه وموته

ثالثاً — اذا كان الولد لا يقبل ثدياً غير ثدى أمه فان الام يلزمها ارضاعه محافظة على حياته وهذا اذا لم يمكن استغناؤه ببعض الاطعمة كدهن الفستق أو اللوز أو لبن الماعز بدون ان يلحقه ضرر بسبب غذائه بتلك الاشياء فان امكن ولم يحصل للولد ضرر فلا يلزمها الارضاع ومع ذلك فلها الاجرة عليه ان كانت تستحقها وتأخذها فى الحال ان كان موسراً والا فهى دين عليه ترجع بها عند يساره — انظر مادة (٣٦٦)

(مادة ٣٦٦) تتعين الام لارضاع ولدها وتجبر عليه فى ثلاث حالات

(الاولى) اذا لم يكن للولد ولا لابيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة

(الثانية) اذا لم يجد الاب من ترضعه غيرها

(الثالثة) اذا كان لا يقبل ثدي غيرها

فاذا قامت الام بارضاع ولدها فبها وان امتنعت عنه وكان غير واجب عليها فلا تجبر بل على الاب ان يستأجر مرضعة ترضعه عندها لتتعهده وتقوم بمصالحه — انظر مادة (٣٦٧)

والام لا تستحق الاجرة على الارضاع فى كل الاحوال بل فى بعضها وبيانه ان الزوجية اما ان تكون قائمة أو غير قائمة فان كانت قائمة ولو حكما بان كانت مطلقة طلاقاً رجعياً فانها لا تستحق أجرة على ارضاع ولدها الذى جاءت به منه فاذا أرضعته فليس لها المطالبة بالاجرة لان الواجب عليه رزقها وهو واجب عليه لقيام الزوجية فلو أخذت أجرة على الارضاع لكان لها رزقان مع ان الحق سبحانه وتعالى انما أوجب عليه رزقاً واحداً قال تعالى (وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف) نعم اذا ارضعت ولد زوجها من غيرها فلها الاجرة على ذلك لانه اجنبي بالنسبة اليها فهو كأخذ الاجرة على ارضاع ولد لغير زوجها وهو جائز وان كان زوجها ينفق عليها — انظر مادة (٣٦٨)

فان كانت الزوجية غير قائمة بأن حصل الطلاق البائن فاما ان تكون قد خرجت من العدة او لا فان كان الاول استحقت الاجرة اتفاقاً لقوله

(مادة ٣٦٧) اذا أبت الام ان ترضع ولدها فى الاحوال التى لا يتعين عليها ارضاعه فعلى الاب ان يستأجر مرضعة ترضعه عندها

(مادة ٣٦٨) اذا ارضعت الام ولدها من زوجها حال قيام الزوجية أو فى عدة الطلاق الرجعى فلا تستحق أجرة علي ارضاعه فاذا استأجرها لارضاع ولده من غيرها فلها الاجرة

تعالى (فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن) وان كان الثانى ففيه خلاف قال بعضهم انها تستحق الاجرة لان النكاح قد زال فألحقت بالاجانب وهذا هو الذى عليه العمل وروى الحسن عن الامام أنه ليس لها أجرة لان العدة من أحكام النكاح ولذا لا تجوز شهادة احدهما للآخر ولا دفع زكاة احدهما الى صاحبه والنفقة ثابتة لها وعلة سقوط اجرها حال قيام الزوجية انما هو وجوب النفقة عليه بسبب الزوجية وبما أن هذه العلة موجودة حال عدة البائن فيوجد معلولها وهو عدم استحقاق الاجرة لان المعلول يدور مع العلة وجوداً وعدماً . انظر مادة (٣٦٩)

ولما كانت الام اكثر الناس حناناً وشفقة على ولدها كانت اولى به فى الارضاع وغيره . ولا فرق فى ذلك بين كون الزوجية قائمة أولا الا أن هذه الاولوية مقيدة بما اذا لم تطلب زيادة على ما تطلبه الاجنبية أو لم توجد اجنبية متبرعة لان فى تقديم غيرها عليها فى الحالة الاولى اضراراً بها وهو لا يجوز . نعم اذا وجدت أجنبية ترضعه بأجر أقل مما تطلبه الام ولو كان الذى تطلبه الام أجر المثل والذى تطلبه الاجنبية دون ذلك اوكانت الاجنبية متبرعة والام تطلب أجراً فهى أى الاجنبية احق لان المقصود غذاء الرضيع وقد امكن الحصول عليه بدون مشقة على الاب فيكون فى تقديم الام على الاجنبية اضرار بالاب وقد قال تعالى (لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) ولكن لا تضار الوالدة بأخذ الولد منها بل ترضعه عندها ولا فرق فى حكم

(مادة ٣٦٩) اذا أرضعت الام ولدها من زوجها بعد عدة الطلاق البائن أوفيها وطلبت أجرة على ارضاعه فلها الاجرة

الرضاع بين كون الاب موسراً أو معسراً اما بالنسبة للحضانة ففي كليهما تفصيل يأتي في مادة ٣٩٠

ثم أن محل كون الاب مطالباً بالاجرة عند استحقاق الام لها انما هو في حال عسرة الولد فان كان له مال فالاجرة عليه دون أبيه وان كان غنياً لان ايجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر ليس بأولى من ايجاب نفقة ذلك عليه الا الزوجة فان نفقتها في نظير انضمامها ومكثها عند الزوج فنفقتها عليه وان كانت غنية بخلاف الولد فان نفقته للحاجة وبيساره اندفعت حاجته فلا تجب على غيره — انظر مادة (٣٧٠)

هذا اذا حصل اتفاق على الاجرة فان لم يحصل بأن ارضعت الام ولدها ولم تعقد مع أبيه عقد اجارة وكانت تستحق أجرة ارضاعها من أبيه لعدم قيام الزوجية وانقضاء العدة فلها أن تطالبه بأجرتها لان ايجاب رزقها عليه غير مقيد بوجود العقد بينهما كما هو ظاهر من قوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن) وقال بعض العلماء اذا لم يكن بينهما عقد اجارة فلا تستحق عليه شيئاً لان اقدامها على ارضاع ولدها بدون طلب اجرة دليل على تبرعها

(مادة ٣٧٠) الام أحق بارضاع ولدها بعد العدة ومقدمة على الاجنبية ما لم تطلب أجرة أكثر منها ففي هذه الحالة لا يضار الاب وان رضيت الاجنبية بارضاعه مجاناً أو بدون أجرة المثل والام تطلب أجرة المثل فالاجنبية أحق منها بالارضاع وترضعه عندها وللام أخذ أجرة المثل على الحضانة ما لم تكن المتبرعة محرماً للصغير وتتبرع بحضانته. من غير أن تمنع الام عنه والاب معسر فتخير الام بين امساكه مجاناً ودفعه للمتبرعة كما هو موضح في مادة ٣٩٠

فتكون مسقطة لحقها والساقط لا يعود وكلا الرأيين صحيح فيلزم القاضى النظر فى أمر الام فان كان حالها يدل على احتياجها وأن مثلها لا يتبرع عمل بالرأى الاول وان كان حالها يدل على أنها تتبرع وانها تطلب الاجرة طمعاً أو تعنتاً عمل بالثانى والمدة التى تستحق المرضعة فيها أجرة رضاعها هى حولان لا غير لقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) ولا رضاع بعد التمام — انظر مادة (٣٧١)

وأجرة الرضاع لا تأخذ حكم نفقة الزوجة من السقوط بل تأخذ حكم سائر الديون لانها فى نظير عمل وبناء على ذلك لا تسقط اجرة الرضاع بمضى شهر مثلا ولا بموت الام ولا بموت الاب فان ماتت الام فلورثتها مطالبته بالاجرة وان مات الاب فاجرتها دين عليه تأخذها من تركته وتشارك أصحاب الديون فيها — انظر مادة (٣٧٢)

وفى كل موضع ثبت للام أخذ أجرة الرضاع بعقد الاجارة اذا صالحت الزوج عن الاجرة صح الصلح وفى كل موضع لا يثبت لها أخذ الاجرة على الارضاع لا يصح الصلح وينبنى على ذلك أنه اذا صالحت ام الولد أباه عن اجرة الرضاع على شىء معلوم فان كان هذا الصلح حال قيام الزوجية حقيقة

(مادة ٣٧١) فى كل موضع جاز استئجار الام على ارضاع ولدها يكون لها الأجرة ولو بلا عقد اجارة مع أبيه أو وصيه فيأمره الحاكم بدفع أجرة المثل لها مدة ارضاعه ومدة الارضاع فى حق الاجرة حولان لا أكثر

(مادة ٣٧٢) الاجرة المعدودة للام على ارضاع ولدها لا تسقط بموت أبيه بل تجب لها فى تركته وتشارك غرماءه

أوحكما فهو غير صحيح لانها لاتستحق أجرة على الرضاع فى هاتين الحالتين وان كان الصلح فى عـدة الطلاق البائن سواء كان بواحدة أو ثلاث صح الصلح على القول المعمول به الآن وان كان بعد انقضائها مطلقاً أى سواء كانت العدة من طلاق رجعى او بائن صح الصلح اتفاقا فيجب ما اصطلحا عليه لاستحقاق الام الاجرة — انظر مادة (٣٧٣)

فان كانت مرضعة الطفل غير أمه سميت تلك المرضعة ظئراً وهذه تلزم بالارضاع مدة عقد الاجارة الا اذا طرأ ما يستوجب فسخه فان انتهت مدة الاجارة فلا تجبر على ارضاعه الا اذا كان يترتب على ذلك ضرر للطفل بأن لم يقبل ثدى غيرها اولم توجد مرضعة سواها لان فى عدم ارضاعها اياه ضرراً عظيما وربما ادى ذلك الى موته ومع كون الظئر ملزمة بالارضاع على ما بين فلا تلزم بالمكث عند أم الرضيع بل لهـا أن ترضعه وتخرج او ترضعه فى فناء البيت

ومحل كون الظئر لا تلزم بالمكث فى بيت الام اذا لم يشترط عليها ذلك فى عقد الاجارة فان شرط عليها ذلك لزمها المقام فى بيت الام لانها قد التزمت بذلك ومن التزم بشىء لزمه القيام به — انظر مادة (٣٧٤)

(مادة ٣٧٣) حكم الصلح كالاستئجار فاذا صالحت أم الولد أباه عن أجرة الرضاع على شىء فان كان الصلح حال قيام الزوجية حقيقة أوحكماً فهو غير صحيح وان كان فى عدة البائن بواحدة أو ثلاث صح ووجب ما اصطلحا عليه

(مادة ٣٧٤) الظئر أى المرضعة المستأجرة اذا أبت أن ترضع الطفل بعد انقضاء مدة الاجارة وكان لا يقبل ثدى غيرها تجبر على ابقاء الاجارة ولا تلزم بالمكث عنـد أم الطفل ما لم يشترط ذلك فى العقد

﴿ الفصل الثانى ﴾

(فى مقدار الرضاع الموجب للتحريم)

الرضاع لغة شرب اللبن من الثدى أو الضرع وشرعاً مص الرضيع من ثدى الآدمية فى مدة الرضاع وسبب التحريم بالرضاع هو الجزئية الناشئة من الغذاء باللبن كما ان علة الحرمة بالقرابة هى الجزئية وقد اختلف العلماء فى المقدار الموجب للتحريم فقال أبو حنيفة ومن وافقه قليل اللبن وكثيره سواء فى ثبوت الحرمة بالرضاع واستدلوا بقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة) وبقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » من غير تقييد وبأنه مهما قل فقد نشأ منه جزء مناسب ولكن لما كان النمو بالرضاع أمراً غير ظاهر أسند الحكم بالتحريم الى سببه وهو الرضاع وقال الامام الشافعى المحرم هو خمس رضعات مشبعات متفرقات واستدل على ذلك بما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت « خمس رضعات مشبعات يحرمن » وهذا الحديث وان كان يشهد له إلا ان الحنفية ومن وافقهم يقولون انه مضطرب وغير مشهور فلا يلاقى كتاب الله تعالى وحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذا قال ابن مسعود رضى الله عنه آل أمر الرضاع الى ان قليله وكثيره يحرّم وكان ابن الزبير يقول لا بأس بالرضعة والرضعتين فقال عبد الله بن مسعود قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير قال تعالى (وامهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وهذا مذهب على وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وجمهور التابعين ومع كون

الحنفية متفقين على ان قليل اللبن وكثيره سواء فقد اختلفوا فى المدة التى يثبت فيها التحريم فقال أبو يوسف ومحمد ومعهما باقى الأئمة الزمن الذى تثبت فيه الحرمة بالرضاع سنتان لقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) ولا زيادة بعد التمام ولقوله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ومعلوم ان أقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالى (وفصاله فى عامين) وقوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد احتلام » وقال أبو حنيفة الزمن الذى يكون فيه التحريم سنتان ونصف واستدل على ذلك بقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً لان هذا أجل تعين لامرين فيثبت لكل منهما كاملا الا انه قام دليل التخصيص على زمن الحمل وهو ماروى عن عائشة أنها قالت ـ لا يمكث الحمل فى بطن أمه اكثر من سنتين قد ما يتحول ظل عمود المغزل ـ فيبقى الاجل على عمومه فى حق الثانى وهو الفصال ونظيره ما لو قال أجلت الدين الذى لى على احمد والذى لى على محمد سنة فيفهم ان السنة بكمالها تثبت لكل منهما ولانه بعد السنتين لا بد من زمن يتعود فيه الرضيع على الغذاء فقدر بأدنى مدة الحمل

وأما الادلة الاخرى فالمراد منها تعيين زمن استحقاق الاجرة وبالتأمل يعلم ان دليل الصاحبين أقوى لان تخصيص الادلة بزمن الاستحقاق غير ظاهر لانه تخصيص بلا مخصص بل المتبادر منها حكم الرضاع وحكم استحقاق الاجرة وحينئذ يكون قوله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) بياناً لا قل مدة الحمل ومدة الفصال بدليل (وفصاله فى عامين) وهناك آراء أخرى أقل اهمية من هذين الرأيين فان زفر قال يثبت التحريم فى مدة ثلاث سنين

وتكون السنة الثالثة ليتعود الرضيع على الغـذاء فى الفصول الاربعة فان كل
فصل له غذاء خاص مثل السنة التى ضربت للعنين وقال بعضهم يثبت التحريم
مطلقاً سواء كان فى الحولين أو بعدها لاطلاق النص وهو قوله تعالى
(وأمهاتكم اللاتى ارضعنكم) ولـكن الاول من هذه الاقوال هو المعول عليه
وينبنى على ذلك انه اذا رضع الصبى من امرأة ولو بكراً أو ميتة فى زمن
الحولين عند الصاحبين او الحولين ونصف عند الامام ثبت التحريم بذلك
الارضاع ولا فرق فى ذلك بين ان يكون الولد محتاجاً الى اللبن أو مستغنياً
عنه فى زمن الحولين ويروى عن الامام انه اذا اكتفى الولد بالطعام واستغنى
به عن اللبن فلا يثبت به التحريم ويكفى فى ثبوت التحريم وصول القليل من
اللبن ولو كان قطرة واحدة الا انه يشترط فى ثبوت الحرمة العلم بوصول اللبن
الى جوف الرضيع من القناة الهضمية سواء كان الوصول بواسطة فمه مصاً أو
ايجاراً أى ادخالا فى فمه أو اسعاطاً من الانف وعلى ذلك لو ان الصبى أخذ
حلمة الثدى ولـكن لم يعلم هل وصل اللبن فى جوفه أو لا لم يثبت التحريم
لان الاحكام تبنى على اليقين لا على الشك وكذا لا يثبت التحريم بالحقن
باللبن لانه لا يغذى عادة وقال محمـد ومالك يثبت به التحريم كما يثبت به
الافطار لانه مغذ فى الجملة . نعم لا يثبت التحريم بادخال اللبن فى الآمة وهى
الجرح الذى يكون فى الرأس ولا بالاقطار فى الاذن والعين وفى الجائفة وهى
الجرح الذى يكون فى البطن اتفاقاً لان اللبن بهذه الـكيفية لا يكون مغذياً ـ
انظر مادة (٣٧٥)

(مادة ٣٧٥) يثبت تحريم النكاح بالرضاع اذا حصل فى مدة الحولين المقدرة =

فاذا علمنا ان الرضاع محرم ظهر لنا جلياً أن المرأة اذا ارضعت صبياً فى المدة المحددة للتحريم سواء كانت سنتين على قول الصاحبين أو سنتين ونصفاً على قول الامام صارت أمه من الرضاع فيحرم عليهما التزوج ببعضهما ولو كان للمرأة زوج ونزل لها اللبن بواسطته صار ذلك الزوج أباً للرضيع سواء كان عقد الزواج صحيحاً أو فاسداً وان نزل اللبن بسبب وطء بشبهة فاما ان تكون الشبهة معتبرة ومسقطة للحد أو غير معتبرة فان كانت معتبرة وارضعت المرأة بنتاً من هذا اللبن صار ذلك الرجل أباً لها فلا يجوز له تزوجها وان كانت الشبهة غير معتبرة بأن عقد على امرأة محرمة عليه تأبيداً وهو يعلم الحرمة يكون حكم هذا اللبن حكم لبن نزل بسبب الزنا. وقد اختلف العلماء في حكمه فقال بعضهم انه كالحلال بالنسبة لاصول الزانى وفروعه فاذا ارضعت المرأة بنتاً حرمت على الزانى وآبائه وابنائه ولا تحرم على غير هؤلاء . فلعم الزاني ان يتزوجها كما يجوز له ان يتزوج الزانية وقال بعضهم ان الحرمة تثبت من جهة الام خاصة مالم يثبت النسب والظاهر ان الأول اوجه لأن ماء الرجل له دخل في وجود لبن المرأة مثل تلقيح النخيل فهو مخصب له فيضاف اليه أيضاً

وكما يثبت التحريم بين الرضيع وأمه وأبيه يثبت بين الرضيع وأولاد

له ولو بعد استغناء الطفل بالطعام فيهما ويكفى في التحريم قطرة واحدة من لبن المرأة المرضعة ولو حلباً من ثديها بعد موتها اذا تحقق وصول القطرة الى جوف الرضيع من فمه مصاً أو ايجاراً أو من أنفه اسعاطاً فلو التقم الحلمة ولم يدر أدخل اللبن في حلقه أم لا فلا يثبت التحريم وكذا لا يثبت بالحقن والاقطار فى الاذن والجائفة والآمة

المرضعة سواء كانوا أولاداً للرجـل الذى نزل بسببه اللبن وحينئذ يكون الرضيع وهؤلاء الاولاد اخوة اشقاء من الرضاع أو كانوا من المرأة دون الرجل وحينئذ يكونون اخوة لام او كانوا من الرجل الذى نزل اللبن بواسطته دون المرأة وحينئذ يكونون اخوة لاب من الرضاع

ولا يشترط فى ثبوت التحريم بالرضاع كونهم فى زمن واحد بل كل من رضع من امرأة صار أخاً لاولادها سواء ولدوا فى الماضى أو فى المستقبل وصاروا اخوة لابناء الرجل الذى هو سبب فى نزول اللبن أى ان اختلاف الزمن لا ينفى التحريم بل المدار فى ثبوت الحرمة على الاجتماع على ثدى واحد وان تغايرت الأوقات كما ان المدار فى ثبوت أبوة الرجل للأولاد الذين رضعوا كونه سبباً فى وجود اللبن الذى ارتضعوه وان اختلف الزمن فلو أن رجلاً تزوج امرأة ثم ولدت منه وارضعت غلاماً ثم بعـد عشر سنين حملت منه ثانياً ثم ولدت بنتاً وأرضعت أخرى فالبنتان اختـان للغلام الذى رضع منهـا منذ عشر سنين وكذا لو كان لرجل امرأتان فولدت احـداهما وأرضعت بنتا ثم بعد خمس عشرة سنة ولدت الأخرى ولداً وارضعت معه ولداً آخر فالولدان اخوان للبنت التى رضعت من المرأة الأولى

وكما يثبت التحريم بين الرضيع وأولاد الرجل والمرضعة من النسب يثبت أيضاً بينه وبين أولادهما من الرضاع . وفى ثبوت الحرمة بين الرضيع وبين الرجل عند الشافعى رأيان أحدهما انه لا حرمة بين الرضيع والرجل الذي نزل اللبن بواسطته لان اللبن الذى تغـذى به الولد جزء للمرأة

المرضعة لا جزء للرجل – وثانيهما ان الحرمة ثابتة وهو الأرجح عملاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » – انظر مادة (٣٧٦

ومن هذا الحديث يظهر لنا ان كل من يحرم بسبب النسب يحرم بسبب الرضاع وينبنى على ذلك انه لا يجوز للرضيع ان يتزوج أصوله وفروعه من الرضاع فلا يحل لمن رضع من امرأة ان يتزوجها ولا يتزوج أمها ولا أم أبيها ولا كل امرأة هى أصل له رضاعاً كما يحرم عليه ذلك نسباً وكذا لا يحل لصاحب اللبن ان يتزوج الصبية التى رضعت من امرأته لانها بنته ولا يجوز له أيضاً ان يتزوج بنت ابنه رضاعاً أو بنت بنته كذلك وكذا لا يجوز للرجل ان يتزوج اخته من الرضاع سواء كانت شقيقة بأن رضعا من امرأة وكان سبب اللبن الذى رضعا منه واحداً او كانت أختاً له لأب بأن رضع الصبى من امرأة ورضعت صبية من امرأة أخرى كان سبب نزول اللبن لهما رجلا واحداً بأن كان زوجاً لهما أو كانت اختاً له من الأم بأن ارضعت امرأة غلاماً ثم طلقت من زوجها وتزوجت بآخر فولدت منه وارضعت بنتاً من اللبن الذى تسبب

(مادة ٣٧٦) كل من ارضعت طفلا ذكراً كان أو أنثى فى مدة الحولين ثبتت أمومتها له وبنوته للرجل الذى نزل اللبن بوطئه سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد أو بشبهة وتثبت اخوته لاولاد المرضعة الذين ولدتهم من هذا الرجل أو من غيره أو أرضعتهم قبل ارضاعه أو بعده ولاولاد الرجل المولودين من صلبه من غير هذه المرضعة ولاولاده من الرضاعة

في وجوده عندها الزوج الثاني

وكذلك يحرم على الرجل أن يتزوج بنت أخته رضاعا كما يحرم عليه ذلك نسباً وتحرم عليه عمته رضاعا سواء كانت عمة شقيقة بأن كانت تلك العمة أخت أبيه رضاعا لاب وام أو كانت عمة لاب بأن كانت أخت أبيه رضاعا لاب او كانت عمة له لام بأن كانت اختا لابيه رضاعا لام كما سبق ويحرم ايضاً على الرجل خالته رضاعا اي أخت أمه رضاعا شقيقة كانت أو لأب أو لام وهو واضح

وليست حرمة الرضاع قاصرة على ما يحرم من النسب بل يشمل ما يحرم بالمصاهرة أيضاً فكما يحرم على الانسان أن يتزوج امرأة ابنه أو امرأة أبيه نسبا كذلك لا يجوز له أن يتزوج امرأة ابنه او امرأة أبيه رضاعا وظاهر ان حكم التحريم غير مفهوم من حديث (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) بل حكمه مستفاد من قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) فكما أن حرمة زوجة الابن ثابتة بقوله تعالى وحلائل أبنائكم كذلك حرمة زوجة الابن رضاعا ثابتة بهذه الآية لان ذكر الاصلاب ليس لاخراج غير زوجة الابن النسبي بل انما ذكر لاخراج زوجة المتبنى لا غير فتبقى شاملة للابن رضاعا ايضاً

وكما أن حكم حرمة زوجة الآباء مأخوذ من قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) فكذا حكم تحريم زوجة الاب رضاعاً لان الاب رضاعاً يسمى أباً شرعاً ولان الشارع جعل بينهما رابطة قوية بسبب الرضاع حتى سمي أحدهما أباً والآخر ابناً فلا ينبغي قطع تلك الرابطة بتزوج زوجة

الآخر فان زواجها يغرس بينهما شجر البغضاء فيصيران عدوين بعد ان كان أحدهما يعتبر نفسه اباً والآخر يعتبر نفسه ابناً له ولا فرق فى ثبوت التحريم بين كون الابن أوالاب دخل بالمرأة او لم يدخل لعموم النص

ولما كان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » يشمل بعض افراد مع أنها مستثناة من هذا الحكم عمد الى بيانها حتى ينكشف الغطاء وهذه الافراد هى أم الاخ وأم الاخت واخت الابن والبنت وجدة الابن وجدة البنت وأم العم والعمة وام الخال والخالة وعمة الابن والبنت وبنت عمة الابن وبنت عمة البنت وبنت أخت الابن وبنت أخت البنت وأم ولد الابن وام ولد المرأة وأبو أخى المرأة وأخو ابنها وابو خالها وخال ولدها وابن خالة ولدها وابن أخت ولدها فهؤلاء لايحرمون بالرضاع كما يحرمون بالنسب والسبب فى هذا الاستثناء أن المعنى الذى وجد التحريم لاجله فى النسب ليس موجوداً فيها فاذا لم تحقق العلة انتفى التحريم كما فى أخت الاخ نسباً فانه فى بعض الصور يسوغ له أن يتزوجها كما اذا كان له أخ لاب نسباً ولذلك الاخ اخت نسبا من الام فانه يجوز لاخيه لاب أن يتزوجها لانها أجنبية بالنسبة اليه فلا تحريم وبما أن العلة غير موجوة فى هذه الافراد فلا تحريم أيضاً وحينئذ لا تكون تلك الافراد مستثناة من الحديث الا بحسب الظاهر لانه لا يشملها اصلا لعدم الرابطة والرضاع انما يحرم إذا اوجد رابطة كرابطة النسب كما هو جلى من قوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وهاك بيان كل فرد على حدته لتتضح لك الحقيقة فأقول : يحل للرجل أن يتزوج ام أخيه رضاعا

وهذه الجملة تحتمل ثلاث صور لانه اما أن يكون له أخ من الرضاع وذلك الاخ له أم من الرضاع ولم يرضع منها ذلك الاخ ومعلوم أنها أجنبية بالنسبة اليه فتحل له وإما أن يكون له اخ من الرضاع له أم من النسب ولم يرضع منها فله أن يتزوجها لعدم الرابطة بينهما وإما أن يكون له أخ من النسب وذلك الاخ له أم من الرضاع فله تزوجها كما تقدم . وما قيل فى ام الاخ رضاعا يقال فى أم الاخت رضاعا وأما اذا كان له أخ من النسب ولذلك الاخ أم من النسب فلا يجوز له أن يتزوجها لانها اما أن تكون امه ان كانت امهما واحدة واما أن تكون موطوءة أبيه وكلتاهما محرمة عليه كما سبق . وكذا يحل للرجل ان يتزوج أخت ابنه رضاعا وهذه أيضاً مجملة ولها صور ثلاث لانه إما أن يكون للرجل ابن من الرضاع ولذلك الابن أخت من الرضاع بان رضع الولد من امرأته ثم رضع مع البنت من امرأة أخرى ولم ترضع تلك البنت من امرأته أصلا فتلك البنت غير محرمة على ذلك الرجل لانها اجنبية منه واما أن يكون له ابن من الرضاع ولذلك الابن اخت من النسب لم ترضع من امرأته فهى حلال له لعدم الرابطة واما أن يكون له ابن من النسب ولابنه أخت من الرضاع بان رضع معها من امرأة غير زوجة الرجل فتحل له لما تقدم واما اذا كان له ابن من النسب ولابنه أخت من النسب فلا تحل له لانها اما أن تكون بنته واما ان تكون بنت زوجته ومعلوم أنها محرمة عليه فى الحالتين وحكم أخت ابنته هو حكم أخت ابنه . ويحل للرجل أن يتزوج جدة ابنه رضاعا وهذه العبارة تشمل ثلاث حالات أيضاً لانه يحتمل أن يكون له ابن من الرضاع والابن له

جدة من الرضاع أو يكون له ابن من الرضاع له جدة من النسب اويكون له ابن من النسب وله جدة من الرضاع وفى كل هذه الصور تحل له الجدة لانها أجنبية منه وليس بينهما أدنى رابطة بواسطة الرضاع نعم لو كان له ابن من النسب وللابن جدة من النسب فلا تحل له تلك الجدة لانهامن أصول زوجته وهى محرمة عليه بمنطوق قوله تعالى (وأمهات نسائكم) وكذا الحكم فى جدة بنته وأيضاً يحل للرجل ان يتزوج أم عمه من الرضاع والصور المتقدمة تأتى هنا لانه اما أن يكون له عم من الرضاع اى أخ لابيه رضاعاً شقيقا كان أولاب أو لام وذلك العم له أم من الرضاع واما أن يكون له عم من الرضاع والعم له أم من النسب واما أن يكون له عم من النسب وللعم أم من الرضاع وعلى كل حال فله أن يتزوجها لعدم تحقق علة التحريم فى النسب وأما اذا كان له عم من النسب ولعمه أم من النسب فلا يجوز له تزوجها لانها اما أن تكون جدته أو موطوءة جده وهما محرمتان عليه كما سبق . وما قيل فى أم العم يقال فى أم العمة وأم الخال وأم الخالة لان الحكم واحد فى الكل . ويحل للرجل أن يتزوج عمة ابنه رضاعا وهذه العبارة لها صور ثلاث أيضاً لانه اما ان يكون له ابن رضاعا والابن له عمة رضاعا او يكون له ابن من الرضاع والابن له عمة من النسب او يكون له ابن نسبي ولابنه عمة من الرضاع وهى أجنبية منه فى جميع هذه الصور فيسوغ له ان يتزوجها شرعا واما اذا كان له ابن من النسب ولابنه عمة من النسب فليس له تزوجها لانها اخته وما قيل فى عمة الابن يقال فى عمة البنت . ويعلم حل تزوج بنت عمة ابنه وبنته رضاعا من باب أولى واذا علمنا ان أخت الابن رضاعا تحل نعلم ان بنتها تحل أيضاً بطريق الاولوية

ويحل للرجل أيضاً أن يتزوج أم ولد ابنه مذكراً كان الولد أومؤنثاً ومعنى العبارة أن يكون للرجل ابن وللابن ابن أو بنت وذلك الابن أو البنت لها أم والمسألة لها أربعة أحوال لان الابن اما أن يكون من الرضاع وللابن ابن أو بنت من الرضاع وله اولها أم من الرضاع أو من النسب فتحل للاب لانها أجنبية منه واما أن يكون للرجل ابن من الرضاع وللابن ولد من النسب مذكراً كان أو مؤنثاً ولذلك الولد أم من الرضاع فتحل له بخلاف ما اذا كانت اما من النسب فانها لا تحل لكونها زوجة ابنه رضاعاً وإما أن يكون للرجل ابن من النسب وللابن ولد من الرضاع مذكراً كان أو مؤنثاً ولذلك الولد أم من الرضاع أو من النسب فتحل له لانها أجنبية منه وإما أن يكون للرجل ابن من النسب وللابن ولد من النسب مذكراً كان أو مؤنثاً ولذلك الولد ام من الرضاع فتحل للرجل لانها أجنبية بالنسبة اليه فان كانت اما نسبية ايضاً فلا تحل لانها حليلة ابنه نسباً ومن هذا يعلم حكم ولد بنته .

ومتى علمنا أن الرجل يحل له أن يتزوج أم أخيه رضاعا علمنا أن المرأة يجوز لها التزوج باخي ابنها رضاعاً لما فى ذلك من التلازم وكذا يقال اذا جاز للرجل ان يتزوج أخت ابنه رضاعاً جاز للمرأة التزوج بابى أخيها رضاعاً لما بينهما من التلازم وهكذا يقال فى الصور التى بعدها — انظر مادة (٣٧٧)

(مادة ٣٧٧) يحرم بالرضاع مايحرم بالنسب والمصاهرة فلايحل للرجل أن يتزوج أصوله وفروعه من الرضاع وأخته الشقيقة رضاعا وأخته من أبيه وأخته من أمه وبنت

وكما لا يجوز للرجل أن يتزوج ام امرأته مطلقاً ولا بنت امرأته ان دخل بأمها نسباً كذلك لا يجوز إذا كانت الام أو البنت من الرضاع

ويعلم من هذا انه اذا كان لرجل زوجة كبيرة وزوجة صغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة في المدة الموجبة للتحريم وهي حولان على قول ابي يوسف ومحمد وحولان ونصف على قول الامام كما تقدم حرمتا على الزوج لانه يصير جامعاً بين الام والبنت رضاعا وهو لا يجوز كالجمع بينهما نسبا ثم حرمة الكبيرة مؤبده لانها أم امرأته والعقد على البنات يحرم الامهات وأما الصغيرة فان كان اللبن الذى أرضعتها به الكبيرة موجوداً عندها بسبب هذا الزوج كانت حرمتها مؤبدة ايضاً لان زوجها صار أبا لها رضاعاً وفي هذه الحالة لا بد أن يكون قد دخل بها لانه لا يعقل كونه سبباً في اللبن الا بذلك وان لم يكن اللبن موجوداً بسببه بأن تزوجها وهي ذات لبن من زوج آخر فلا يخلو الحال من أن تكون قد ارضعتها قبل الدخول او بعده فان كانت أرضعتها بعد الدخول فالصغيرة محرمة عليه على التأبيد ايضاً لان الدخول بالامهات يحرم البنات وان أرضعتها قبل الدخول جاز له تزوج الصغيرة ثانيا لان مجرد العقد على الامهات لا يحرم البنات هذا هو حكم حرمتهما عليه

أخته وعمته وخالته وحليلة ابنه رضاعاً وحليلة أبيه كذلك ولو لم يدخل بها ويحل له أن يتزوج من الرضاع ام اخيه وام اخته واخت ابنه واخت بنته وجدة ابنه وجدة بنته وام عمه وأم عمته وأم خاله وأم خالته وعمة ابنه وعمة بنته وبنت عمة ابنه وبنت عمة بنته وبنت اخت ابنه وبنت أخت بنته وام ولد ابنه وام ولد بنته واخت أخيه وأخت أخته ويحل للمرأة من الرضاع أبو أخيها واخو ابنها وجد ابنها وأبو عمها وأبو خالها وخال ولدها وابن خالة ولدها وابن اخت ولدها

وأما حكم مهرهما فيقال الكبيرة اما ان يكون الزوج دخل بها أو لا فان كان قد دخل بها لزمه مهرها لانه قد تأكد بالدخول وان لم يكن دخل بها فاما ان تكون قد ارضعتها برضاها واختيارها أو لا فان كان الارضاع باختيارها فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها كردتها وفعلها مع ابن زوجها ما يوجب حرمة المصاهرة وان أرضعتها مكرهة أو مجنونة أو كانت نائمة فأخذت الصغيرة ثديها ورضعته أو أخذ شخص لبنها وسقاه للصغيرة بدون اغرائها وجب لها نصف المهر لان الفرقة لم تأت من قبلها ـ وأما الصغيرة فمعلوم انها غير مدخول بها بما انه لا يعقل الدخول بالرضيعة وحينئذ يكون لها نصف المهر لان الفرقة حصلت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلها الا انه لا يؤثر فى اسقاط حقها لعدم خطابها بالاحكام الشرعية ولذا لو قتلت مورثها لا تحرم من الميراث ولانها مجبوزة بحكم الطبع على الارتضاع وهل يرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة ؟ نعم يرجع به عليها ان تعمدت افساد النكاح بأن كانت عالمة به وبحكم الارضاع وارضعت الصبية طائعة مختارة ليست بمجنونة ولا نائمة ولم تقصد بذلك دفع هلاكها أو ألم الجوع عنها فان ارضعتها مكرهة أو نائمة أو غير عالمة بالزوجية وبحكم الارضاع أو بأحدهما أو ارضعتها وهى مختارة وعالمة بالزوجية وبحكم الرضاع ولكن قصدت بذلك دفع الهلاك أو ألم الجوع عنها فلا يرجع عليها بشىء لانها لم تقصد ابطال الزواج وقال محمد يرجع عليها مطلقاً تعمدت الافساد أو لا لان الحكم عنده يضاف الى السبب كمن فتح قفص الطير فطار أو الاسطبل فخرجت الحيوانات فضاعت والاول هو الصحيح وظاهر الرواية وكذا الحكم فيما لو كان شخص تزوج صغيرتين

وأرضعتها أجنبية معاً أو على التعاقب حرمتا عليه لانه صار جامعاً بين أختين رضاعاً الا ان الحرمة لا تكون مؤبدة بل هى مؤقتة بمفارقة احداهما فحينئذ يجوز له ان يعقد على الاخرى — انظر مادة (٣٧٨)

والرضاع المحرم يثبت بالشهادة التى تثبت الحقوق المالية وهى شهادة رجلين من أهل الشهادة أو رجل وامرأتين كذلك لان الحكم بثبوت الرضاع يقتضى زوال ملك النكاح ان كان موجوداً فالشهادة به شهادة بالفرقة اقتضاء والشهادة به وان كانت أمراً دينياً وهو التحريم الا انها تضمنت الشهادة بزوال ملك الغير وزوال الملك لا يحكم به الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما تقدم وليس هذا مثل الاخبار بنجاسة الماء أو الدهن فان الاخبار بذلك لا يقتضى نزع ملك صاحب الدهن عنه فانه يمكن مع كونه نجساً ان يبيعه لمن يريد الاستصباح به أو يستعمله هو كذلك وقال مالك يكفى فى ثبوته امرأة معروفة بالعدالة وقال الشافعى يثبت بشهادة امرأتين بناء على ان الرضاع مما لا يطلع عليه النساء ويروى ذلك عن مالك وأحمد أيضاً ويرد على ذلك أيضاً بأن الثدى يجوز رؤيته للمحارم

نعم لا يشترط لصحة الشهادة تقدم دعوى المرأة الرضاعة لتضمنها حق الله تعالى كما فى الشهادة بالطلاق ولكن لا تحصل الفرقة الا بتفريق القاضى

(مادة ٣٧٨) اذا ارضعت زوجة الرجل الكبيرة ضرتها الصغيرة فى مدة الحولين حرمتا عليه حرمة مؤبدة ان دخل بالكبيرة والا جاز تزوج الصغيرة ثانياً حيث كان اللبن من غيره ولا مهر للكبيرة انلم يكن دخل بها وللصغيرة نصف مهرها ويرجع به على الكبيرة ان تعمدت الفساد وكانت عاقلة طائعة مستيقظة عالمة بالنكاح وفساده بالارضاع ولم تقصد دفع جوع أو هلاك فان لم تكن كذلك فلا رجوع له عليها

أو المتاركة كما هو الشأن فى النكاح الفاسد واذا حصل التفريق قبل الدخول لا يلزم الزوج نصف المهر لظهور فساد النكاح وهو لا يلزم فيه مهر بالفرقة قبل الدخول وكذا لا نفقة ولا سكنى للمرأة اذا حصلت الفرقة بعد الدخول. وانما لها الاقل من مهر المثل ومن المسمى لتأكد المهر بالدخول وانما لها الاقل من المسمى ومهر المثل لانه ان كان المسمى اقل فقد رضيت به وان كان مهر المثل هو الأقل فلأنه هو الواجب لفساد النكاح — انظر مادة (٣٧٩)

﴿ الفصل الثالث ﴾

(فى الحضانة)

الحضانة بالفتح والكسر معناها لغة تربية الولد وشرعاً تربية الولد ممن له حقها والأحق بتربية الولد أمه لانها اكثر الناس حناناً عليه واشفقهم به فتصبر على خدمته صبراً لا يتأتى من غيرها ولذا تراها تسهر لسهره وتجزع لمرضه وتسر بصحته وذلك بمقتضى الفطرة التى فطر الله الناس عليها ولذلك قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحضانة للأم حينما جاءت امرأة اليه وقالت له يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وان اباه طلقنى واراد ان ينزعه منى فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم

(مادة ٣٧٩) يثبت الرضاع بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول فان ثبت يفرق الحاكم بين الزوجين ولا مهر على الزوج ان وقع التفريق قبل الدخول وعليه الاقل من المسمى ومن مهر المثل ان وقع بعد الدخول ولا نفقة عليه ولا سكنى

أنت أحق به ما لم تتزوجى وهذا بالنسبة للأم النسبية لا الرضاعية لانها هى التى تتوفر فيها هذه الشفقة ولا فرق بين ان تكون زوجية الام قائمة أو غير قائمة بل المدار على كونها اهلا للحضانة بأن تكون مستوفية لشرائطها التى ستأتى قريباً — انظر مادة (٣٨٠)

واختلاف الدين لا يؤثر على حق الحضانة فاذا كان المحضون مسلما والحاضنة غير مسلمة اما كانت أو غيرها من بقية الحاضنات فلها ان تحضن الولد وتربيه متى كانت اهلا للحضانة ومستوفية شرائطها على ما يأتى الا اذا خيف على الولد ان يألف ديناً غير دين الاسلام بسبب معاشرته لتلك الحاضنة ولا فرق بين أن تكون معتنقة ديناً سماوياً بأن تكون يهودية أو نصرانية أو غير سماوى بأن تكون وثنية أو مجوسية وانما لم يراع اتحاد الدين فى الحضانة لان مبناها الشفقة الطبيعية وهى لا تختلف باختلاف الدين - انظر مادة (٣٨١)

والحاضنة يشترط فيها ثمانية شروط - أولا ان تكون حرة لان الرقيقة مشغولة بخدمة سيدها فلا يمكنها القيام بتربية الولد - ثانياً ان تكون بالغة لان القاصرة محتاجة الى من يكفلها فكيف تكفل غيرها - ثالثاً ان تكون عاقلة لان المجنونة لا تحفظ الولد بل يخشى عليه منها الهلاك - رابعا ان تكون امينة على المحضون وتربيته بحيث لا يضيع الولد عندها بسبب اشتغالها

(مادة ٣٨٠) الام النسبية أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة اذا اجتمعت فيها شرائط اهلية الحضانة

(مادة ٣٨١) الحاضنة الذمية اما كانت او غيرها احق بحضانة الولد كالمسلمة حتى يعقل ديناً أو يخشى عليه ان يألف غير دين الاسلام

عنه بالخروج الى ملاهى الفسوق بأن تكون مغنية أونائحة أومتهتكة تهتكا يترتب عليه ضياع الولد — خامسا أن تكون قادرة على خدمته فلو كان بها مرض يعجزها عن القيام بمصالحه لم تكن أهلا للحضانة — سادسا أن لا تكون مرتدة اى خارجة عن دين الاسلام بعد أن اعتنقته لان جزاءها الحبس حتى تسلم ومن كانت حالتها هكذا فلا تقدر على خدمة الولد

سابعا — أن لا تكون متزوجة بغير رحم محرم للمحضون لان الاجنبي ينظر اليه شزراً ويبطن له الكراهة ويضمر السوء لامه لانه يظن أنها تطعمه من ماله وربما اشتد بين أمه وزوجها الخلاف ويترتب على ذلك مالا تحمد عقباه

ثامناً — أن لا تمسكه الحاضنة فى بيت من يبغضه ويكرهه لان امساكها اياه عنده يترتب عليه ضرر الولد وضياعه والمقصود من الحضانة حفظ الولد والقيام بخدمته ولا فرق بين الام وغيرها من الحاضنات فى هذه الشروط الا أن شرط البلوغ انما هو بالنسبة لغير الام اذ الام لا يعقل ان تكون غير بالغة — انظر مادة (٣٨٢)

ويعلم من الشرط السابع وهو أن لا تكون متزوجة بغير رحم محرم للصغير انها اذا تزوجت بأجنبي منه سقط حقها فى الحضانة وانتقل الى من يليها فان لم توجد امرأة أهل للحضانة بان لم توجد حاضنة اصلا أو وجدت

(مادة ٣٨٢ يشترط أن تكون الحاضنة حرة بالغة عاقلة امينة لا يضيع الولد عندها باشتغالها عنه قادرة على تربيته وصيانته وأن لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وان لا تمسكه في بيت المبغضين له ولا فرق في ذلك بين الام وغيرها من الحاضنات

ولكنها لم تكن مستوفية لشروط الحضانة فولى ولى الولد أخذه وتربيته لانه أقرب الناس اليه . نعم اذا زال المانع من أهلية الحضانة بأن كانت الأم متزوجة ثم طلقت وانقضت عدتها أو كانت مجنونة ثم أفاقت عاد حق الحضانة ثانياً لان المانع قد زال فيعود الممنوع وهو حق الحضانة وبعبارة أخرى لان علة السقوط قد زالت فيزول هو أيضاً لأن المعلول يدور مع علته وجوداً وعدماً — انظر مادة (٣٨٣)

وبما ان الحق فى الحضانة مبنى على الشفقة والأم أوفر الناس شفقة على الولد فيكون حق الحضانة مستفاداً من جهتها ويبنى على ذلك تقديم الاقرب فالأقرب بالنسبة اليها وان من كان مدلياً للصغير من جهة الأم أحق ممن كان منتسباً اليه من جهة الاب فاذا كانت الام موجودة وهى أهل للحضانة قدمت على غيرها فان لم تكن موجودة أو كانت ولكنها فقدت شرطاً من شرائط الحضانة كأن اشتغلت بأمر يترتب عليه ضياع الولد أو تزوجت بغير رحم محرم له انتقل حق الحضانة الى أمها ثم أم أمها وان علت على الترتيب وقد أجمع على ذلك الصحابة لما روى أن عمر رضى الله عنه طلق زوجته جميلة بنت عاصم فتزوجت فأخذ سيدنا عمر ابنه عاصما فأدركته أم جميلة وأخذته فترافعا الى أبى بكر الصديق رضى الله عنه فقال لعمر خل بينه وبينها فان ريقها

(مادة ٣٨٣) اذا تزوجت الحاضنة اما كانت أو غيرها بزوج غير محرم للصغير سقط حقها فى الحضانة سواء دخل بها الزوج أم لا ومتى سقط حقها انتقل الى من يليها فى الاستحقاق من الحاضنات فان لم توجد مستحقة أهل للحضانة فلولى الصغيرة أخذه ومتى زال المانع يعود حق الحضانة للحاضنة التى سقط حقها بتزوجها بغير محرم للصغير

خير له من عسل وشهد عندك ياعمر فسلمه لها وكان ذلك بحضور الصحابة فان لم توجد جدة لام أو وجدت غير أهل فالجدة لاب وان عات أولى من غيرها ما دامت مستوفية شرائط الحضانة فان لم توجد جدة أو وجدت غير اهل انتقل حق الحضانة الى الأخوات وهن أولى من الخالات والعمات لأنهن بنات الأبوين وأولئك بنات الجد أو الجدات — وتقدم الأخت الشقيقة على الاخت لام لانهما قد اشتركا فى الاخوة لام وترجحت الشقيقة بقرابتها من جهة الاب فان لم توجد شقيقة أهل للحضانة انتقل حق الحضانة للأخت لأم فان لم توجد أخت لأم أو وجدت ولكن لم تكن أهلا للحضانة ينتقل الحق الى الاخت لاب وقال بعضهم الخالة أولى منها لانها تدلى بالأم وتلك بالاب ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال « الخالة والدة » وهذا لا يدل لان تقديم المدلى بالام على المنتسب بالاب انما يكون عند اتحاد الدرجة وقوله عليه الصلاة والسلام « الخالة والدة » انما يفيد أصل ثبوت الحضانة لا أنها أولى من غيرها فان لم توجد احدى المذكورات ينتقل حق الحضانة الى بنت الأخت الشقيقة ثم الى بنت الأخت لام ثم الى الخالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب وبعد ذلك يكون الحق لبنت الأخت لأب وقال بعضهم تقدم بنت الأخت لأب على الخالات والصحيح الأول لأن قرابة الخالات من جهة الأم ثم بنت الأخ الشقيق ثم لأم ثم لأب وانما قدمت بنات الأخوات على بنات الأخوة لأن الأخت مقدمة فى الحضانة على الأخ فكان المدلى بها أولى وبعد بنات الأخوة يكون الحق لعمات الصغير وتقدم الشقيقة ثم لأم ثم لأب ثم خالة الأم لأبوين ثم لأم ثم لأب ثم خالة الأب كذلك

ثم عمات الأمهات والآباء على هذا الترتيب واذا اجتمع عدد ممن له حق الحضانة فى درجة فالأحق أورعهن ثم أكبرهن فان استوين فى الأحقية من كل جهة فالرأى للقاضى — انظر مادة (٣٨٤)

ومما تقدم يعلم ان حق الحضانة يثبت أولاً للنساء اللاتى هن اقارب للصغير فان لم توجد حاضنات أو وجدن ولكن لسن أهلا لها يكون الحق فى الحضانة للعصبات على ترتيب الارث فيقدم الأب ثم الجد وان علا ثم الأخ الشقيق ثم لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب وان سفل ثم العم لابوين ثم العم لأب فان تعدد المستحقون للحضانة وطلب كل منهم ضم الصغير اليه قدم أصلحهم فان تساووا فى الأصلحية قدم اورعهم وهو من يترك الشبهات خوفاً من الوقوع فى المحرمات فان استووا فى الأورعية فأكبرهم سناً أحق بالحضانة وينبغى ان يلاحظ انفعهم للصغير فانه أولى وان تساووا من جميع الجهات فالرأي للقاضى ويشترط فى العصبات اتحاد الدين فاذا كان الصغير ذمياً وله أخوان مسلم وذمى فحق الحضانة للذمى دون المسلم وكذا اذا

(مادة ٣٨٤) حق الحضانة يستفاد من قبل الام فيعتبر الاقرب فالاقرب من جهتها ويقدم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند اتحاد المرتبة قرباً فاذا ماتت الأم أو تزوجت بأجنبى أو لم تكن أهلا للحضانة ينتقل حقها الى أمها فان لم تكن أو كانت ليست أهلا للحضانة تنتقل الى أم الاب وان علت عند عدم أهلية القربى ثم لاخوات الصغير وتقدم الأخت الشقيقة ثمّ الأخت لأم ثمّ الأخت لأب ثمّ لبنات الأخوات بتقديم بنت الاخت لابوين ثمّ لام ثمّ لخالات الصغير وتقدم الخالة لابوين ثمّ الخالة لأم ثمّ لاب ثمّ لبنت الاخت لاب ثم لبنات الاخ كذلك ثمّ لعمات الصغير بتقديم العمة لابوين ثمّ لام ثمّ لاب ثمّ خالة الام كذلك ثمّ خالة الاب كذلك ثمّ عمات الأمهات والاباء بهذا الترتيب

كان الصبي مسلما وله اخوان مسلم وذمى فالمسلم هو الذى له حق الحضانة وانما اشترط هنا اتحاد الدين لان حق الحضانة بالنسبة الى العصبات مبنى على استحقاق الارث ولا ارث مع الاختلاف ديناً فلا حضانة واذا كان العاصب المسلم فاسقاً يخشى على الولد منه أو كان متصفاً بوصف يوجب ضياع الولد وعدم القيام بشؤونه فلا حق له فى الحضانة بل ينتقل الحق الى من يليه من العصبات ان كان والا فالى ذى رحم محرم — أنظر مادة (٣٨٥)

. فان لم يوجد أحد من العصبات المتقدمين انتقل حق الحضانة الى غيرهم من الأقارب على الترتيب الآتى فيقدم الجد لام ثم الاخ لام ثم ابنه ثم العم لام ثم الخال الشقيق ثم لاب ثم لام

فقد علم مما تقدم ان حق الحصانة يثبت لذى الرحم المحرم بلا فرق بين كون المحضون مذكراً او مؤنثاً فان كان القريب رحماً غير محرم فاما ان يتحد الحاضن والمحضون فى الذكورة والانوثة او يختلفا فيها فان اتحدا ثبت هذا الحق وان اختلفا لم يثبت وينبنى على ذلك انه لا حق لابناء العم ونحوهم من كل رحم غير محرم كابناء الاخوال والخالات فى حضانة الاناث كما لا حق لبنات الاعمام ونحوهن فى حضانة المذكرين فاذا لم يكن للصغير رحم محرم

(مادة ٣٨٥) اذا فقدت المحارم من النساء أو وجدت ولم تكن أهلا للحضانة تنتقل للعصبات بترتيب الارث فيقدم الاب ثمّ الجد ثمّ الاخ الشقيق ثمّ الاخ لاب ثمّ بنو الاخ الشقيق ثمّ بنو الاخ لاب ثمّ العمّ الشقيق ثمّ العمّ لاب فاذا تساوى المستحقون للحضانة فى درجة واحدة يقدم أصلحهم ثمّ أورعهم ثمّ أكبرهم سناً ويشترط فى العصبة اتحاد الدين فاذا كان للصبي الذمي اخوان أحدهما مسلم والآخر ذمي يسلم للذمى لا للمسلم

فأمره مفوض لرأى القاضى ان شاء سلم الانثي لابن عمها اذا رآه أهلا لذلك وان شاء سلمها لامينة يثق بها ويعتقد أنها تحفظها وتقوم بشؤونها خير قيام ويسلم المذكر لبنت عمه ان وثق بها والا فليسلمه لامين يثق به — انظر مادة (٣٨٦)

فقد علم أن المستحقين للحضانة ليسوا فى درجة واحدة ولكن لم يعلم لنا حكم ما اذا امتنعت من هى أولى بالحضانة عن ضم الصغير اليها هل تجبر على ضمه أولا .

وقد اختلف العلماء فى هذا الحكم فقال بعضهم تجبر عليها مطلقاً سواء وجد من يضمه من الحاضنات أولا وقال آخرون لا تجبر عليها اذا وجد غيرها من الحاضنات ورضى بها فاذا لم يوجد من الحاضنات من يربيه تجبر على أخذه كيلا يضيع الولد فيجب عليها تربيته احياء لنفسه وهذا الخلاف مبنى على الخلاف فى حق الحضانة هل هو حق للصغير أو حق للحاضنة فمن قال أنه حق للصغير يرى اجبارها اذا امتنعت لانها أبت أن تقوم بأمر واجب عليها ومن امتنع عن القيام بالواجب عليه يجبر ومن قال أنه حق الحاضنة رأى عدم اجبارها الا اذا دعت الضرورة لذلك بان لم يوجد غيرها ممن له حق الحضانة

(مادة ٣٨٦) اذا لم توجد عصبة مستحقة للحضانة أو وجد من ليس أهلا لها بأن كان فاسقاً أو معتوهاً أو غير مأمون فلا تسلم اليه المحضونة بل تدفع لذى رحم محرم ويقدم الجد لام ثم الاخ لام ثم ابنه ثم العم لام ثم الخال لابوين ثم الخال لاب ثم الخال لام ولا حق لبنات العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الذكور ولهن الحق فى حضانة الاناث ولا حق لبني العم والعمة والخال والخالة فى حضانة الاناث وانما لهم حضانة الذكور فان لم يكن للانثى المحضونة الا ابن عم فالاختيار للحاكم ان رآه صالحاً ضمها اليه والا سلمها لامرأة ثقة أمينة

الحضانة او وجد وامتنع ورأى بعض المحققين ان حق الحضانة ثابت للصغير والحاضنة معاً ولذلك كانت الام فى المرتبة الأولى ولها أن تطالب بأخذ الصغير ولا تجبر على أخذه اذا أبت ولم يترتب على ذلك ضياع الولد بأن وجد من يكفله غيرها من بقية الحاضنات فاذا ترتب على امتناعها ضياع المحضون تجبر على ضمه اليها قياماً بواجب حق الصغير — انظر مادة (٣٨٧)

ولما كانت الحاضنة تصرف زمناً فى شؤون المحضون جاز لها اخذ أجرة على ذلك ولكن المقام فيه تفصيل لانها اما أن تكون غير أم واما أن تكون أماً فان كانت غير الام تجب لها الأجرة مطلقاً أى سواء كانت متزوجة بأبى الصغير أو معتدة له أولا وان كانت اما للصغير ولم تكن متزوجة بأبيه ولا معتدة له فلها الاجرة اتفاقاً لانها قامت بخدمة ولده وهذه الاجرة غير أجرة الرضاع وغير نفقة العدة على ما يأتى فى مكانه مفصلا فى المادة الآتية وجميع أنواع النفقة واجبة على أبى الصغير اذا كان الولد فقيراً فان كان غنياً فأجرة رضاعه وحضانته واجبة فى ماله ولا يلزم الاب بشىء منها

(مادة ٣٨٧) اذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها الا اذا تعينت لها بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من المحارم او وجدت من دونها وامتنعت فحينئذ تجبر اذا لم يكن لها زوج أجنبي

واذا تبرع بدفع شيء من ذلك حال يسر ولده جاز ذلك وليس له أن يرجع على الولد بعد ذلك — انظر مادة (٣٨٨)

وان كانت أم الصغير هى الحاضنة له فان كانت متزوجة بأبيه أومعتدة له عن طلاق رجعى فلا تستحق أجرة على الحضانة لقيام الزوجية حقيقة أو حكما وذلك لان ما يعطى للام فى نظير الحضانة له شبه بالنفقة وشبه بالاجرة فحال قيام الزوجية ولوحكما لوحظ فيه شبه النفقة لوجود رابطة الزوجية وبما أن النفقة ثابتة لها فلا داعى لاخذها نفقة أخرى لان المقصود منها دفع حاجة المرأة وهى مدفوعة بنفقة الزوجية فان كانت فى عدة الطلاق البائن فقيل أنها لا تستحق الاجرة على الحضانة أيضاً لا كتفائها بنفقة العدة وقيل انها تستحق اجرة لان رابطة الزوجية قد انقطعت والعمل الآن على هذا وحينئذ فيمكن ان تأخذ المرأة من الرجل ثلاث مرتبات: نفقه العدة وأجرة الرضاع واجرة الحضانة واما اذا كانت غير معتدة له فلها الاجرة اتفاقاً مثل غيرها من الحاضنات كما سبق ومتي استحقت الحاضنة الاجرة فهى لها وان أجبرت على الصحيح لان الاجبار على القيام بعمل لا ينافى استحقاق الاجرة له فان الالزام لاجل دفع الضرر الذى كان يحصل لولم تضمه اليها وفى هذا من اولوية استحقاقها للاجرة مالا يخفى لانها قامت بأمر جليل لولاه للحق الصبي عناء عظيم ربما أدى الى هلاك نفسه ولذلك نظائر منها ما لو استأجر سفينة يوماً مثلا وانقضت المدة فى وسط البحر فان الملاح يجبر على بقاء السفينة مع

(مادة ٣٨٨) اجرة الحضانة غير أجرة الرضاعة والنفقة وكلها تلزم أبا الصغير ان لم يكن له مال فان كان له مال فلا يلزم اباه منها شيء الا أن يتبرع

المستأجر حتى يصل الى الشط ومنها ما لو استأجر دابة عشر ساعات ليمر بها من المفازة وانتهت المدة قبل اتمام المرور منها فيلزم صاحب الدابة أن يبقيها مع المستأجر الى أن يصل الى مكان آمن يمكنه أن يصل منه الى محل اقامته ومع كونهما يجبران على ذلك يستحقان أجر المثل اتفاقاً وكذا الحكم فى الظئر التى تعود الطفل على ثديها ولم يقبل ثدى غيرها فانها تجبر على ارضاعه بأجر المثل بلا خلاف

وقال بعضهم ان الحاضنة اذا اجبرت على الحضانة لا تستحق الاجرة لانها قامت بأمر واجب عليها شرعاً والاول أولى لقوة دليله . وبما أن نفقة الصغير الفقير على أبيه والسكنى نوع من أنواعها فيجب على أبيه مسكن له ولحاضنته ان لم يكن لها مسكن تمسكه فيه واما اذا كان لها مسكن فلا داعى الى تكليفه بمسكن آخر نعم اذا كان الولد فقيراً وابوه غنى يخدم مثل أولاده يجب عليه أن يستأجر خادماً لولده كما هو الشأن فى مثله وان كان الولد غنياً ومثله يخدم يجب على الاب أن يستأجر خادماً له من ماله سواء كان الاب غنياً أو فقيراً وان كان لا يخدم مثله لا يجب ذلك كما لا يجب ان كانا فقيرين — انظر مادة (٣٨٩)

(مادة ٣٨٩) اذا كانت أم الطفل هى الحاضنة له وكانت منكوحة أو معتدة لطلاق رجعى فلا أجر لها على الحضانة وان كانت مطلقة بائناً أو متزوجة بمحرم للصغير أو معتدة له فلها الاجرة وان أجبرت عليها وان لم يكن للحاضنة مسكن تمسك فيه الصغير الفقير فعلى أبيه سكناهما جميعاً وان احتاج المحضون الى خادم وكان أبوه موسراً يلزم به وغير الام من الحاضنات لها الاجرة

واذا امتنعت أم الصبي أن تربيه الا بأجرة فلايخلو الحال فى أول الأمر من أحد أمرين الاول أن لا توجد متبرعة من محارمه الثانى ان توجد فان كان الاول فله أحوال أربعة أولا أن يكون الاب موسراً والولد معسراً وفى هذه الحالة يلزم الاب بدفع الاجرة لها لتربيه . ثانياً ان يكون الصبي موسراً وأبوه فقيراً . ثالثاً ان يكونا موسرين وحكم هاتين الحالتين واحد وهو أن يلزم بدفع الاجرة لها من مال الولد لانه لا نفقة على الاب حال ميسرة الابن . رابعاً أن يكونا فقيرين وفى هذه الحالة تجبر الام على تربيته وتكون أجرتها ديناً لها على الاب تأخذها منه عند الميسرة

وان كان الثانى وهو ما اذا وجدت متبرعة من محارمه أهل للحضانة فله اربع حالات أيضاً الاول أن يكون الاب والابن فقيرين وحكمه أن يقال للام اما أن تربيه مجاناً بدون أجرة واما أن تسلميه للمتبرعة لان الاب فقير فلا يضار. الثانى أن يكون الاب موسراً والولد فقيراً وحكم ذلك أن يسلم للام بأجر المثل لأن فى تسليمه لها نفعاً له ولا ضرر على الاب فى دفع الاجرة ليساره الثالث ان يكون الولد غنيا وابوه فقيراً . الرابع ان يكون كل من الولد وابيه غنياً وقد اختلف فى حكم هذين الامرين الامام الاعظم ابوحنيفه وصاحباه ابو يوسف ومحمد فقال الامام تخير الام بين امساكه مجاناً وبين اعطائه للمتبرعة التى هى اهل للحضانة لان الاجرة فى هذين الامرين لازمة من مال الصبي وبما انه ينبغى المحافظة على مال الصغير ولا يصرف الا لحاجة والحاجة الى التربية قد اندفعت بوجود المتبرعة فلا يدفع الى الام شىء من مال الولد بل تخير الام كما تقدم مراعاة لمصلحته المالية .

والأم وان كانت أشفق وأحن عليه من غيرها الا ان تطلعها الى مال ولدها يوجب سوء الظن بها والشك فى شفقتها على ان المتبرعة هى أيضاً شفوقة عليه لما أنها رحم محرم وقال الصاحبان يسلم للأم بأجر المثل ولو من مال الصبي لأن الأم أكثر الناس حناناً وشفقة على ولدها واصبرهم على خدمته فهى التى تحافظ على صحته وتواظب على نظافته وتسهر لسهره كما هى الفطرة التى فطرها الله عليها ومعلوم ان مصلحة الولد الصحية مقدمة على مصلحته المالية وكل من القولين مصحح فينظر القاضى فى ذلك فان كانت الام فقيرة محتاجة الى الاجرة عمل بقول الصاحبين وان علم انها طامعة فى مال ابنها مع انها موسرة حكم بقول ابى حنيفة . واذا سلم للمتبرعة فلا تمنع الأم من رؤيته لقوله عليه الصلاة والسلام « لا توله والدة عن ولدها » هذا كله اذا كانت المتبرعة من محارمه كما سبق فان كانت أجنبية فالام أحق به ولها الاجرة ولو من مال الصغير اتفاقاً — انظر مادة (٣٩٠)

ولما كان الصغير عاجزاً عن النظر فى شؤون نفسه نظر اليه الشارع

(مادة ٣٩٠) اذا أبت أم الولد ذكراً كان أو أنثى حضانته مجاناً ولم يكن له مال وكان أبوه معسراً ولم توجد متبرعة من محارمه تجبر الام على حضانته وتكون أجرتها ديناً على أبيه فاذا وجدت متبرعة اهل للحضانة من محارم الطفل فان كان الاب موسراً ولا مال للصغير فالام وان طلبت اجرة احق من المتبرعة وان كان الاب معسراً وللصبي مال أو لا تخير الام بين امساكه مجاناً ودفعه للمتبرعة فان لم تختر امساكه مجاناً ينزع منها ويسلم للمتبرعة ولا تمنعها من رؤيته وتعهده كما تقدم فى مادة ٣٦٩ وكذلك الحكم ان

نظر حكيم فحكم بأن يكون قبل بلوغه سن التميز عند من هو أقدر على القيام بلوازمه وهن الاقارب من النساء على الترتيب الذى عرفته فاذا بلغ سن التميز دخل فى دور جديد يحتاج فيه الى الاعداد بما هو مطالب به فى المستقبل فيسلم الى من هو أقدر على القيام به ولذا يبقى الولد عند الحاضنة حتى يستغنى عن خدمة النساء وقدر ذلك ببلوغه سبع سنين فان كان مذكراً فقد انتهت مدة حضانته وان كان مؤنثاً تبقى عندها سنتين لتدربها على الامور المنزلية التى هى مطالبة بها فى المستقبل وحينئذ يسلم كل منهما الى الاب حتى اذا لم يطلبهما يجبر على ذلك لتعلق حق الصغير به اذ المذكر بعد بلوغه سن التميز يحتاج الى تعلم ما ينفعه والانثى بعد بلوغها حد الشهوة تحتاج الى الصيانة ولا شك ان الاب أقدر على ذلك هذا اذا كان الاب موجوداً والا فيعطى الولد للاقرب فالاقرب من العصبات على الترتيب الذى عرفته من شرح مادة (٣٨٥) فان لم يوجد أحد من العصبات يسلم الولد الى باقى الاقارب المتقدمة فى شرح مادة (٣٨٦) فاذا لم يوجد أحد من الاقارب وقد انتهت مدة الحضانة ينظر القاضى فان رأى ابقاءه عند الحاضنة انفع له تركه عندها والا سلمه لمن يرى نفعه فى وجوده عنده — انظر مادة (٣٩١)

كان الاب موسراً وللصبى مال فان كانت المتبرعة أجنبية فلا يدفع اليها الصبى بل يسلم لامه بأجرة المثل ولو من مال الصغير

(مادة ٣٩١) تنتهى مدة الحضانة باستغناء الغلام عن خدمة النساء وذلك اذا بلغ سبع سنين وتنتهى مدة حضانة الصبية ببلوغها تسع سنين وللاب حينئذ اخذهما من =

وما دام حق الحضانة ثابتاً للام فليس للاب اخراجه من البلد المقيمة هى به الام الا اذا رضيت بذلك لانها والحالة هذه تكون اسقطت حقها فان سقط حقها في الحضانة بأن طلقها وتزوجت بغير رحم محرم وليس هناك من ينتقل لها حق الحضانة جاز له ان يسافر به الى ان يعود حق أمه أو من يقوم مقامها فى الحضانة وغير الاب من العصبات حكمه فى ذلك كالاب وبعضهم يرى انه لا يجوز له ان يسافر به قبل انتهاء مدة الحضانة ولو سقط حقها فيها الا اذا كان السفر لمكان يمكنها ان ترى ولدها متى أرادت اذا سافرت اليه وترجع الى منزلها فى اليوم الذى سافرت فيه لان لها حق رؤية الولد وهو الارفق بالام — انظر مادة (٣٩٢)

هذا بالنسبة الى سفر الاب بالولد وأما سفر الحاضنة به ففيه تفصيل وبيانه ان الحاضنة اما ان تكون غير الام واما ان تكون هى الام فان كان الاول فليس لها ان تنتقل الى محل آخر ولو كان قريباً الا باذن الاب وان كان الثانى وهو ما اذا كانت الحاضنة هى الام فاما ان تريد الانتقال بالولد وهى فى العدة أو بعد انقضائها فان كان الاول فلا يجوز لها الانتقال ولو اذن الزوج

الحاضنة فان لم يطلبهما يجبر على اخذها واذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للولد اب ولا جد يدفع للاقرب من العصبة او للوصى لو غلاماً ولا تسلم الصبية لغير محرم فان لم يكن عصبة ولا وصى بالنسبة للغلام يترك المحضون عند الحاضنة الا ان يرى القاضى غيرها اولى له منها

(مادة ٣٩٢) يمنع الاب من اخراج الولد من بلد امه بلا رضاها ما دامت حضانتها فان اخذ المطلق ولده منها لتزوجها بأجنبي وعدم وجود من ينتقل اليها حق الحضانة جاز له ان يسافر به الي ان يعود حق امه او من يقوم مقامها فى الحضانة

لان القرار فى البيت الذى حصلت الفرقة وهما مقيمان فيه حق الشرع فلا يصح اتفاقهما على ابطاله

وان كان الثانى وهو ما اذا أرادت الانتقال بعد انقضاء العدة فلا يخلو الحال بالنسبة للمحل المنتقل منه والمحل المنتقل اليه من أحد أمور أربعة . الاول ان يكون الانتقال من مصر الى مصر . الثانى ان يكون من قرية الى قرية . الثالث ان يكون من قرية الى مصر . الرابع ان يكون من مصر الى قرية . فالثلاثة الاول مشتركة فى حكم واحد وأما الرابع فله حكم يخصه

ففى الثلاثة الاول لا يخلو الحال فى أول الامر من أحد أمرين الاول ان يأذن الاب لها بذلك الثانى ان لا يأذن فان كان الاول فلا كلام فى جواز انتقال الام بالولد مطلقاً أى سواء كان المحل المنتقل اليه قريباً أو بعيداً وسواء كان وطنها وعقد عليها فيه أولا لانه بالاذن أسقط حقه وان كان الثانى وهو ما اذا لم يأذن لها بذلك فاما ان يكون المحل المنتقل اليه قريباً أو بعيداً فان كان بعيداً فاما ان يكون وطنها وقد عقد عليها فيه أولا فان كان الاول جاز لها السفر بالولد لان عقده عليها فى هذا البلد يعد رضا منه باقامتها فيه وان كان الثانى بأن كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أو عقد عليها فيه ولم يكن وطنها أو لم يكن وطناً لها ولم يعقد عليها فيه فلا يجوز لها السفر للاضرار بالاب . وان كان المحل الذى تريد الانتقال اليه قريباً من محل اقامته جاز لها ذلك لعدم الاضرار بالاب والمراد بالمحل القريب فى هذا الموضع ان يكون بحيث يمكن الاب زيارة ولده فى اليوم الذى يريدها ويعود الى منزله قبل دخول الليل

وأما الحكم الخاص بالصورة الرابعة وهى الانتقال من مصر الى قرية فهو انه لا تمكن منه الام بغير اذن الزوج ولو كانت القرية قريبة الا اذا كانت القرية وطنها وقد عقد عليها فيها لان القرية ليست كالمصر وتأمله ـ انظر مادتى (٣٩٣و٣٩٤)

﴿ الفصل الرابع ﴾

(في النفقة الواجبة للابناء على الآباء)

النفقة عند الفقهاء تشمل الطعام والكسوة والسكنى وكلها واجبة على الاب لولده لكن على التفصيل الذى سيلقى عليك . وبيانه ان الولد اما ان يكون غنياً أو فقيراً وعلى كل فاما ان يكون صغيراً أو كبيراً وعلى كل فاما ان يكون مذكراً أو مؤنثاً . وكل له حكم يخصه

(مادة ٣٩٣) ليس للام المطلقة ان تسافر بالولد الحاضنة له من بلد أبيه قبل انقضاء العدة مطلقاً ولا يجوز له بعد انقضائها ان تسافر به من غير اذن أبيه من مصر الى مصر بينهما تفاوت ولا من قرية الى مصر كذلك ولا من قرية الى قرية بعيدة الا اذا كان ما تنتقل اليه وطناً لها وقد عقد عليها فيه فان كان كذلك فلها الانتقال بالولد من غير رضا أبيه ولو كان بعيداً عن محل اقامته فان كان وطنها ولم يعقد عليها فيه أوعقد عليها فيه ولم يكن وطنها فليس لها ان تسافر اليه بالولد بغير اذن أبيه الا اذا كان قريباً من محل اقامته بحيث يمكنه مطالعة ولده والرجوع الى منزله قبل الليل وأما الانتقال بالولد من مصر الى قرية فلا تمكن منه الام بغير اذن الزوج ولو كانت القرية قريبة مالم تكن وطنها وقد عقد عليها ثمة

(مادة ٣٩٤) غير الام من الحاضنات لاتقدر بأى حال على نقل الولد من محل حضانته الا باذن أبيه

فان كان الولد غنياً فنفقته فى ماله سواء كان صغيراً أو كبيراً وسواء كان مذكراً أو مؤنثاً لان نفقته انما وجبت على ابيه للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره والمراد بكونه غنياً ان يكون له مال سواء كان من النقود أو العروض أو العقار فاذا كان ماله غير نقود وكان صغيراً فللاب ان يبيع منه وينفق من ثمنه عليه ولو كانت النفقة أجرة رضاعة أو حضانة .

هذا اذا كان مال الولد حاضراً فلو كان غائباً وجبت النفقة على الاب وليس له ان يرجع بما انفق فى مال ولده اذا حضر الا بأحد أمرين ـ الاول ان يكون انفاقه باذن القاضى ـ الثانى ان لا يكون بأمره ولكنه اشهد انه انفق ليأخذه من المال اذا حضر فاذا لم يوجد واحد من هذين الامرين فليس له الرجوع ولو نواه عند الانفاق ولكن هذا بالنسبة للقضاء اما فى الديانة يعنى فيما بينه وبين الله تعالى فتكفيه فى الرجوع نيته

وان كان الولد فقيراً فان كان صغيراً وجبت نفقته على أبيه سواء كان مذكراً اومؤنثاً لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ووجه الاستدلال بهذه الآية ان الله سبحانه وتعالى اوجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الايجاب عليه وهو الولادة له لان تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدإ الاشتقاق علة له فاذا وجبت نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه أولى وبالتأمل نرى ان نفقة الوالدة هى نفقة الولد لان الولد يحتاج اليها فى الخدمة والتربية والرضاع حتى ان اللبن الذى هو مؤنته انما يستحيل لبنا من غذائها فايجاب نفقتها عليه ايجاب لنفقته عليه ولذا قالوا ان نفقة الخادمة من نفقة الزوجة وان كانت نفقة شخص آخر ولان

الولد جزء أبيه فكان كنفسه فتجب عليه نفقته

وان كان الولد الفقير كبيراً فاما أن يكون مذكراً أو مؤنثاً فان كان مذكراً فاما أن تكون به عاهة تمنعه من الكسب أولا فان كان الاول كما اذا كان مريضاً مرضاً مزمناً أو به شلل أو عمى ومثله ما اذا كان من طلبة العلم ولا يمكنه التكسب أو من ابناء الاشراف ولا يستأجره الناس وجبت نفقته على أبيه وان كان الثانى وهو ما اذا لم تكن عنده عاهة تمنعه من الكسب لم تجب النفقة على أبيه بل على نفسه والمراد بالكبير هنا أن يكون قادراً على الكسب وان لم يكن بالغاً فللاب حينئذ ان يؤجره او يدفعه فى حرفة ليكتسب وينفق عليه من كسبه فان وفى كسبه بحاجته فبها وان زاد حفظ الزائد ليسلمه اليه بعد بلوغه رشده وإن نقص فعلى أبيه تمام الكفاية : وهذا اذا كان الاب محسناً للتصرف فلو كان مبذراً لم يسلم اليه كسب ابنه بل يسلم الى أمين كما فى سائر أمواله

وان كان مؤنثاً وجبت النفقة على الاب سواء كانت عاجزة عن الكسب أو قادرة عليه الى أن تتزوج فحينئذ تكون نفقتها على زوجها . نعم اذا كانت الانثى مكتسبة بالفعل من صنعة يجوز لها تعاطيها وجبت نفقتها فى كسبها وبما أن وليها هو الاب فهو الذى يتولى الانفاق عليها من ذلك الكسب فان وفى بحاجتها فبها وان زاد يدفع لها الزائد بعد بلوغ الرشد وان نقص الزم الاب باتمام الكفاية ولكن لو كان الاب مبذراً سلم كسبها الى أمين كباقى أموالها لان الاب والحالة هذه ليست له الولاية على أموال نفسه فعلى مال غيره من باب أولى

ومحل وجوب النفقة على الاب إذا كان الولد حراً فلو كان رقيقاً وجبت نفقته على مالكه ولو كان أبوه حراً كما اذا تزوج حر جارية غيره ولم يشترط حرية أولاده منها فان الاولاد يتبعون امهم فى الرق ويكونون مملوكين لسيد أمهم فتجب نفقتهم عليه وكذا لو كان الاب رقيقاً لا تجب عليه نفقة أولاده ولو كانوا أحراراً . فاذا تزوج رقيق حرة فأولاده منها أحرار تبعاً لامهم ولا تجب نفقتهم على أبيهم لانه لا يملك شيئاً اذ هو نفسه مملوك لسيده

ونفقة الولد واجبة على أبيه ولو كان الأب غير مسلم بأن كان ذمياً فقولهم النفقة لا تجب مع اختلاف الدين محله فى غير الزوجة والاولاد كما سيأتى فى شرح مادة (٤١٦) — انظر المواد (٣٩٥ و ٣٩٦ و ٤٠٤)

والاب إما أن يكون غنياً أوفقيراً فان كان غنياً بأن كان عنده ما يكفيه وأولاده فلا يشاركه أحد ولو الام فى نفقتهم سواء كانوا اصغاراً او كباراً على الصحيح بشرط ان يكون الكل محتاجين كما تقدم تفصيله لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن

(مادة ٣٩٥) تجب النفقة بأنواعها الثلاثة على الاب الحر ولو ذمياً لولده الصغير الحر الفقير سواء كان ذكراً أو انثى الى أن يبلغ الذكر حد الكسب ويقدر عليه وتتزوج الانثى

(٣٩٦ مادة) يجب على الاب نفقة ولده الكبير الفقير العاجز عن الكسب كزمن وذى عاهة تمنعه عن الكسب ومن كان من أبناء الاشراف ولا يستأجره الناس ونفقة الانثى الكبيرة الفقيرة ولو لم يكن بها زمانة ما لم تتزوج

(مادة ٤٠٤) اذا بلغ الولد حد الاكتساب فان كان ذكرا فللأب أن يؤجره أو يدفعه لحرفة ليكتسب وينفق عليه أبوه من كسبه ويحفظ ما فضل منه ليسلمه اليه بعد بلوغه وان لم يف كسب الغلام فعلى أبيه تمام الكفاية واذا استغنت الانثى بكسبها من الخياطة أو الغزل فنفقتها فى كسبها ان وفت بحاجتها والا فعلى أبيها اتمامها

وكسوتهن بالمعروف) فان امتثل أمر الشارع وأنفق على من تجب عليه نفقتهم من أولاده فبها وان لم يمتثل وكانت له اموال ظاهرة باع القاضى عليه منها بمقدار النفقة زمناً وهكذا يتجدد هذا الحق للقاضى كلما تجددت الحاجة للنفقة على المفتى به لانه امتنع عن أمر واجب عليه فيقوم القاضى مقامه فان لم تكن له أموال ظاهرة استعمل القاضى معه ما يراه مؤدياً الى امتثاله حتى لو علم أن مثله لا يمتثل الا بالحبس كان له ذلك ولو أنهم نصوا على انه لا يحبس والد وان علا فى دين ولده وان سفل لأنهم استثنوا دين النفقة من هذه القاعدة اذ فى الامتناع عن الانفاق تعريض النفس الى التلف وهذا غير جائز خصوصاً بالنسبة الى الاب بخلاف الامتناع عن تسديد غيرها من الديون فانه لا يؤوى الى ذلك . ومثل الاب فى ذلك كل من وجبت عليه النفقة وامتنع

وان كان الاب فقيراً فاما أن يكون قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه فان كان قادراً عليه وكانت طرق الكسب ميسرة أمر به فان امتثل فبها وان لم يمتثل استعمل معه القاضى ما يراه رادعاً له عن الامتناع ولو بالحبس لأن فى النفقة حياة النفوس كما تقدم فان سعى واكتسب وكان كسبه يفى بنفقته وبنفقتهم فبها وان لم تكن طرق الكسب ميسرة أو كانت ولكن كسبه لا يفى بها يؤمر من يليه فى وجوب الانفاق عليهم وهى الام فانها هى الاولى بالانفاق عليهم حال عسرة الاب من سائر الاقارب اذا كانت موسرة ويكون ما تنفقه ديناً على الاب تأخذه منه اذا أيسر فلو كانت الام معسرة كالاب يؤمر بها القريب ويجبر عليها ان أبى مع يسره وحينئذ ينفق

ابو الاب لان نفقة الاب واجبة عليه فى هـذه الحالة فـكذا نفقة اولاده .
وحكم غيبة القريب حكم عسرته فاذا غاب القريب أمر البعيد بالانفاق ويأخذها منه إذا حضر

وان كان الاب الفقير عاجزاً عن الـكسب كما اذا كان به مرض يمنعه عنه أو به شلل او عمى سقطت عنه النفقة لالحاقه بالاموات وحينئذ ينتقل وجوب النفقة الى من تجب عليه عند عدمه

وفى هذه الحالة لا رجوع للمنفق على الاب ولو أيسر فى المستقبل لانها غير واجبة عليه فى هذه الحالة فلا يقال أن المنفق قضى شيئاً واجباً عليه بخلاف ما اذا كان قادراً على الـكسب — انظر المواد (٣٩٧ و ٣٩٨ و ٣٩٩)

(مادة ٣٩٧) لا يشارك الاب أحد فى نفقة ولده ما لم يكن معسراً زمناً عاجزاً عن الـكسب فيلحق بالميت وتسقط عنه النفقة وتجب على من تجب عليه نفقتهم فى حالة عدمه

(مادة ٣٩٨) اذا كان الاب معسراً ولا زمانة به تمنعه عن الـكسب فلا تسقط عنه لمجرد اعساره نفقة ولده بل يتكسب وينفق عليه بقدر الـكفاية فان أبى مع قدرته على الاكتساب يجبر على ذلك ويحبس في نفقة ولده فان لم يف اكتسابه بحاجة الولد أو لم يكتسب لعدم تيسر الـكسب يؤمر القريب بالانفاق على الولد نيابة عن أبيه ليرجع عليه

(مادة ٣٩٩) الام حال عسرة الاب أولى من سائر الاقارب بالانفاق على ولدها فاذا كان الاب معسراً وهى موسرة تؤمر بالانفاق على ولدها ولا يشاركها الجد . وان كان الابوان معسرين ولهما أولاد يستحقون النفقة يؤمر بها القريب كما ذكر آنفاً ويجبر عليها ان أبى مع يسره . ويكون انفاق القريب ديناً على الاب المعسر يرجع به اذا أيسر سواء كان المنفق أماً أو جداً أو غيرهما . فان كان الاب معسراً وزمناً عاجزاً عن الـكسب فلا رجوع لاحد عليه بما أنفقه على ولده

وكل هذه الاحكام مفروضة فيما اذا كان الاب حياً سواء كان غنياً أو فقيراً قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه أما اذا مات الاب عن أولاد صغار وليس لهم مال ينفق عليهم منه ولم يبلغوا حد الكسب لينفق عليهم من كسبهم فحينئذ ينتقل وجوب النفقة الى غيره من الاقارب وعند التأمل ترى ان الاقارب لا يخرجون عن واحد من ثلاثة الاول ان يكون الكل أصولا الثانى ان يكونوا أصولا وحواشى الثالث ان يكون الكل حواشى ولا يتأتى الاتيان هنا بالفروع لان الموضوع ان الاولاد صغار فان كان الاول فاما أن يكون بعضهم وارثاً والبعض الآخر غير وارث واما أن يكون الكل وارثين وعلى كل حال فاما ان يتساووا في القرب والجزئية أو يختلفوا فالصور أربع الصورة الاولى أن يكون بعضهم وارثاً وبعضهم غير وارث واستووا فى الجزئية الثانية أن يكونوا كذلك واختلفوا فيها الثالثة أن يكون الكل وارثين واستووا فى الجزئية الرابعة ان يكون الكل وارثين واختلفوا فيها

ففى الصورة الاولى يرجح الوارث فيلزم بالنفقة وينبنى على ذلك ان الصغير لو كان له أبو أب وأبو أم فوجوب النفقة على أبى الاب وحده لانه وان اتحد مع ابى الام فى الجزئية اذ كل منهما بينه وبين الصغير واسطة واحدة وهى الاب أو الام الا ان أبا الاب هو الوارث لانه اذا فرضت وفاة هذا الصغير عنهما وكانت له تركة أخذها أبو الاب ولا شيء منها لابى الام لانه من ذوى الارحام وهم لا يستحقون شيئاً مع العصبة والحكم فى هذه الصورة ظاهر لقولهم ان الغرم بالغنم وفى الصورة الثانية يعتبر الاقرب جزئية ويلزم بالنفقة سواء كان وارثاً أو غير وارث وينبنى على ذلك وجوب النفقة على الام لا ولادها

فيما اذا كانت الاقارب الموجودة أماً وأبا أم لانها أقرب اذا الولد جزؤها بلا
واسطة بخلاف ابى الام فان الولد جزؤه بواسطة بنته التى هى أم الصغير وهذا
الحكم ظاهر أيضا فى مثل هذه الصورة لانه مبنى على القاعدة المتقدمة وهى
قولهم الغرم بالغنم اذ لو فرض موت الولد عن تركة وليس له من الاقارب الا أمه
وأبو أمه استحقت الام كل التركة فرضاً ورداً ولا يشاركها أبوها لان الام
من ذوى الفروض وأبوها من ذوى الارحام فلا يستحق معها شيئاً اذ الرد
مقدم على توريث ذوى الارحام ومثل هذه الصورة فى الحكم أم وأم أب أو
أم وأم أم لان الام أقرب منهما وهى الوارثة لانها تحجب الجدات سواء كن
من جهة الاب أو من جهة الام ولو كان للصغير أبو أم وأبو أبى أب وجبت
النفقة على الأول لانه أقرب جزئية مع ان الوارث هو الثانى وهذا ليس
منطبقاً على القاعدة المتقدمة فلو قيل تجب النفقة على قدر الميراث مطلقاً كما
قال بعضهم فى نفقة الاصول على الفروع لكان ظاهراً — وحكم الصورتين
الثالثة والرابعة واحد وهو وجوب النفقة عليهم بقدر استحقاقهم فى الارث
وينبنى على هـذا انه لو كان للصغير أم أم وأم أب وجبت النفقة عليهما انصافاً
لانهما متحدتان مرتبـة وارثهما بهذه النسبة اذ لو فرض موت الصغير عن
تركة ولا وارث له غيرهما استحقتا التركة انصافاً فرضاً ورداً ولو كان للصغير
أم أم وأبو أب وجبت النفقة عليهما اسداساً فأم الام يلزمها السدس وأبو
الاب الباقى لان ارثهما بهذه النسبة ولو كان له أم وأبو أب وجبت النفقة
عليهما اثلاثاً على الام الثلث وعلى أبى الاب الثلثان ولو كانت الدرجة مختلفة
اذ الاستحقاق فى الميراث بهذه النسبة ولا يخفى عليك ان هـذه الأحكام

مفروضة فيما اذا كان كل الاصول موسرين فان كان بعضهم معسراً وجبت على الموسر وحده كما اذا لم يوجد الا شخص واحد من أصوله فان النفقة واجبة عليه اذا كان موسراً — انظر مادة (٤٠٠)

.وان كان الثانى وهو ما اذا كان بعض أقارب الطفل الفقير المعدوم الاب أصولا وبعضهم حواشى فلا يخلوا الحال من أحد أمرين الاول ان يكون أحد الصنفين وارثاً والآخر غير وارث الثانى ان يكون كل من الصنفين وارثاً فان كان الاول اعتبر الاصل لا الحاشية سواء كان الاصل هو الوارث أو لا وحينئذ يلزم بالنفقة ولو كان الوارث غيره فاذا فرض ان لهذا الصغير أبا أب وأخا شقيقاً موسرين وجبت نفقته على أبى الاب لانه هو الاصل والوارث اذلوفرض ان هذا الصغير توفى عنهما وله تركة استحقها الجد ولا شيء للأخ فيلزم بالنفقة عند احتياج الصغير ومثل هذا المثال ما اذا كان مع ابى الاب عم شقيق أو أخ لاب أو ابن أخ شقيق أو لاب أو وجد الكل معه فانه هو الذى يلزم بالنفقة لانهم لا يستحقون معه شيئاً فى تركته على فرض وجودها وهذا الحكم ظاهر لان الغرم بالغنم

(مادة ٤٠٠) اذا كان أبو الصغير الفقير معدوما وله أقارب موسرون من أصوله فان كان بعضهم وارثا له وبعضهم غير وارث وتساووا في القرب والجزئية يرجح الوارث وتلزمه نفقة الصغير فلو كان له جد لاب وجد لام فنفقته على الجد لاب . فان لم يتساووا فى القرب والجزئية يعتبر الاقرب جزئية ويلزم بالنفقة فلو كان له أم وجد لام فنفقته على الام وان كانت اصوله وارثين كلهم فنفقته عليهم بقدر استحقاقهم في الارث فلو كان له أم وجد لاب فنفقته عليهما اثلاثا على الام الثلث وعلى الجد الثلثان

ولو فرض ان لهـذا الصغير أبا أم وأخاً شقيقاً أو لاب ألزم أبو الام بالنفقة ولو كان الآخـذ للتركة غيره عند وجودها لانه هو الاصل ومثل هذا ما اذا كان مع أبي الام عم شقيق أو لاب أو ابن أخ شقيق أو لاب فان الملزم بالنفقة هو أبو الام وان كان المستحق للتركة غيره وهذا غير ظاهر لانه غير جار على القاعدة المتقدمة وهى الغرم بالغنم ولذا استشكل بعض الحنفية كثيراً من الفروع التى وردت فى هـذا الموضوع وان كان البعض الآخر أجاب عنها باجوبة غير مقنعة ولذا كان الظاهر رأى بعضهم وهو وجوبها على قدر الارث

وان كان الثانى وهو ما اذا كان كل من الاصول والحواشى وارثا اعتبر الارث فتجب عليهم النفقة على قدر انصبائهم فيه فلو كان لهـذا الصغير أم وأخ شقيق وجبت النفقة عليهما اثلاثاً على الام الثلث وعلى الاخ الثلثان لانه اذا فرض موت هـذا الصغير عن مال اخذت الام الثلث بطريق الفرض والاخ الشقيق يأخذ الباقى بطريق التعصيب ومثل هذا ما اذا كان مع الام أخ لاب أو ابن أخ شقيق أو لاب أو عم شقيق أو لاب أو ابن عم كذلك أما لو كان بدل الام فى الامثلة المتقدمة أم أم أو أم أب وجبت النفقة اسداساً السدس على أم الام أو أم الاب والخمسة الاسداس على العصبة لان الاستحقاق فى التركة على فرض وجودها يكون بهذه النسبة وهذا الحكم ظاهر لانطباقه على القاعدة المشهورة « الغرم بالغنم »

وان كان الثالث وهو ما اذا كان الكل حواشى كالاخوة والاخوات وجبت النفقة بقدر الارث كما سيأتى تفصيله فى نفقة غير الاصول والفروع

انظر مادة (٤٠١)

ولا يشترط فى قضاء القاضى بنفقة الاولاد على الاب ان يكون حاضراً بل يقضى بها على الاب ولو كان غائباً والمراد من الغيبة التى يفرض القاضى النفقة للاولاد بسببها ان لا يسهل احضار الاب ومراجعته ولو كان مختفياً فى البلد الذى فيه الاولاد فلا يشترط ان يكون الغائب مفقوداً أى لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته ولا ان تكون الغيبة مدة سفر شرعى وهذا هو المعول عليه وان كان بعضهم يرى خلافه

وليس هذا خاصاً بنفقة الاولاد على الاب بل هو جار فى القضاء بنفقة الآباء على الاولاد وبنفقة الزوجة على الزوج عند هذه الغيبة بخلاف غيرهم من الاقارب وينبنى على ذلك انه اذا غاب شخص وطلب غيره من القاضى ممن تجب نفقته على الغائب ان يفرض له النفقة عليه فلا يجيبه الى طلبه الا اذا كان الطالب من أصول الغائب أو فروعه أو زوجة له فلو كان أخاً أو عماً أو خالاً مثلاً فلا يفرض القاضى له النفقة والسبب فى ذلك ان نفقة الاصول والفروع والزوجة واجبة قبل القضاء وانما القضاء فى حقهم من باب الاعانة

(مادة ٤٠١) اذا كانت أقارب الطفل الفقير المعدوم أبوه بعضهم أصولا وبعضهم حواشى فان كان أحد الصنفين وارثاً والآخر غير وارث يعتبر الاصل لا الحاشية ويلزم بالنفقة سواء كان هو الوارث أم لا فلو كان للولد جد لاب وأخ شقيق فنفقته على الجد ولو كان له جد لام وعم فنفقته على الجد لأم . فان كان كل من الاصول والحواشى وارثاً . يعتبر الارث وتجب عليهم النفقة على قدر انصبائهم فى الارث فلو كان للصغير أم وأخ عصبى أو أم وابن أخ كذلك أو أم وعم كذلك فنفقته عليهما اثلاثاً على الأم الثلث وعلى العصبة الثلثان

والفتوى بخلاف نفقة غيرهم فانها لا تجب الا بالقضاء لكونها مجتهداً فيها
لان الامام الشافعي لا يقول بوجوب النفقة لغير الاصول والفروع والزوجة
فلما كان وجوبها بالقضاء والقضاء على الغائب لا يجوز فلا يقضى لهم بالنفقة فى
مال الغائب ولذا يجوز لكل من الاصول والفروع والزوجة ان ينفق من مال
الغائب الذى وجبت النفقة عليه وان لم يقض القاضى بذلك ولكن يشترط
ان يكون هذا المال من جنس النفقة لانك عرفت ان النفقة واجبة لهم قبل القضاء
وانما القضاء فى حقهم من باب الاعانة والفتوى فحقهم ثابت وان لم يقض به
فلهم أخذه من غير ان يرفعوا الامر الى القاضى ولكن لو رفعوه اليه طالبين
منه القضاء بالنفقة أجابهم الى هذا الطلب — وقد عرفت الكلام على النفقة
فى هذه الحالة بالنسبة للزوجة فى الفصل الخامس فى نفقة زوجة الغائب ويأتى
الكلام بالنسبة لنفقة الأصول على الفروع فالموضوع الآن خاص بالنفقة
الواجبة للفروع على الاصول فاذا غاب الاب وطلبت الاولاد الذين تجب
نفقتهم عليه سواء كانوا ذكوراً أو أناثاً كباراً أو صغاراً من القاضى ان
يفرض لهم النفقة اجابهم الى هذا الطلب متبعاً الاحكام الآتية وهى ان الغائب
ان كان له مال فاما ان يكون من جنس النفقة أو لا وكل له حكم يخصه واليك
البيان فان كان له مال وهو من جنس حقهم فى النفقة كالغلال والسمن
ونحوها من أصناف المأكولات والذهب والفضة أو كان ثيابا من جنس
حقهم فى الكسوة فرض لهم فيه النفقة سواء كان هذا المال موجوداً
فى منزل الاب أو غير موجود فيه بأن كان مودعا عند غيره بأن اعطى
لغيره شيئاً مما ذكر ليحفظه له فانه يكون مملوكاً للغائب وهو مودع

عند من أعطاه له أو كان ديناً كما اذا باع لغيره بيتاً مثلا بمائتى جنيه ولم يستلم منه الثمن فانه يكون ديناً عليه ولكن اذا كانت دعواهم أن المال الذى تركه أبوهم موجوداً فى منزله فرض لهم النفقة فيه وأمرهم بالاخذ منه على حسب الفرض الذى قدره واما اذا كانت دعواهم أنه ترك وديعة عند شخص فان القاضى يحضر ذلك الشخص ويسأله عن دعواهم فاما أن يقر بالنسب والوديعة أو ينكرهما أويقر بالنسب وينكر الوديعة أويقر بالوديعة وينكر النسب فان أقر بهما فرض القاضى النفقة في ذلك المال وأمر المودع باعطائهم النفقة منه لانه لما اقر بالنسب والوديعة فقد أقر بان للاولاد حق الاخذ لان اقراره مقبول فى حق نفسه ومتى ثبت عليه الحق باقراره تعدى الى الغائب لكون ما أقر به ملكه فيؤمر باعطائهم النفقة من ذلك المال.

وإن أنكر النسب والوديعة أو أقر بواحد منهما وأنكر الآخر فاما أن يكون القاضى عالماً بما أنكره أو غير عالم فان كان الاول فرض لهم النفقة أيضاً فى هذا المال ولكن كيف هذا مع قولهم القاضى لا يقضى بعلمه والجواب أن هذا من باب الاعانة والفتوى لا من باب القضاء وكل ما تقدم بالنسبة للمودع يقال بالنسبة للمدين فاذا ادعى الاولاد أن فلاناً مدين لابيهم الغائب وهم يستحقون عليه النفقة وطلبوا من القاضى أن يفرض لهم النفقة فى هذا الدين أحضر القاضى الشخص المدعى عليه بالدين وسلك معه الطريق الذي سلكه مع المودع.

وان كان الثانى (غير عالم) فلا يقضى لهم الا بالبرهان

وإن كان المال الذي تركه ليس من جنس النفقة سواء كان فى بيته

او كان وديعة فاما أن يخشى عليه التلف من المكث أولا فان كان الاول باعه القاضى وأنفق عليهم من ثمنه لان النظر الى الغائب فى ذلك وإن كان الثانى فلا تفرض فيه النفقة لانه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب الذى لا يخشى عليه التلف بالاتفاق أما عند الامام الاعظم فهو ظاهر لان عنده لا يباع على الحاضر فعلى الغائب من باب اولى وأما عند الصاحبين فلانه لا يعرف امتناعه عن الدفع فلا يباع عليه وانما قالا ببيع مال الحاضر إذا امتنع عن الدفع لانه عرف امتناعه وحينئذ تؤجر تلك الاموال وينفق من أجرتها عليهم ان وفت بحاجتهم فان لم تف الاجرة بها أو كانت الاموال لا تستأجر امر القاضى أم الاولاد بالاستدانة عليه وتنفق عليهم من الدين الذى أخذته ويكون لها الحق فى أخذ مثل الدين إذا حضر

فالذى علم أن القاضى يفرض النفقة فى مال الغائب لاولاده متى كان هذا المال من جنس النفقة سواء كان المال موجوداً فى منزله أو وديعة أو ديناً فاذا لم يترك الغائب الا واحداً من هذه الاشياء فرضها فيه لانه ليس هناك غيره وأما إن ترك الكل فان القاضى يفرض النفقة أولا فى المال الموجود فى بيته ثم فى مال الوديعة ثم فى الدين وسبب هذا الترتيب أن القاضى نصب ناظراً فى مصالح من هو عاجز عن النظر فى شؤون نفسه ولا شك أن المصلحة للغائب فيما ذكر لان مال الوديعة محفوظ عند المودع الذى أمنه عليه قبل غيبته فلم يكن معرضاً للخطر بخلاف المال الذى فى بيته ثم أن مال الوديعة يحتمل أن يهلك عند المودع وهلاكه يكون على الغائب بخلاف الدين فانه ليس شيئاً معيناً حتى يهلك عند المدين فيكون محفوظاً أكثر من الوديعة

فيكون النظر الى الغائب فى هذا الترتيب فيتبعه القاضى — أنظر مادة (٤٠٢)

فقد علمت حكم نفقة الولد بالنسبة الى أبيه وأما نفقة زوجته فقال بعضهم تجب نفقة زوجة الابن اذا كان صغيراً فقيراً على أبيه سواء ضمنها أو لا وكذلك تجب نفقة زوجة الابن الكبير اذا كان فقيراً وعاجزاً عن الكسب بأى سبب من الإسباب وقال بعضهم لا تجب نفقة زوجة الابن الصغير الفقير على الاب الا اذا ضمنها فان لم يضمنها فلا يطالب بها على انها واجبة عليه وانما يؤمر بالانفاق عليها ويكون ما ينفقه دينا له يأخذه من ابنه اذا أيسر ويظهر ان هذا مقيد بما اذا لم يكن من تجب عليه نفقة زوجة الابن موجوداً فان كان موجوداً وجبت الادانة عليه نعم اذا كان الابن محتاجا لخدمة الزوجة وجبت نفقتها على أبيه — أنظر مادة (٤٠٣)

والاب هو الذى يتولى الانفاق على أولاده فان قام بالواجب عليه شرعا فيها وان اشتكت منه أم الاولاد ورفعت أمرها الى القاضى مدعية انه

(مادة ٤٠٢) اذا كان الاب غائباً وله أولاد ممن تجب نفقتهم عليه وله مال عندهم من جنس النفقة فللحاكم أن يأمر بالانفاق عليهم منه ان كان نسبهم معروفاً أو معلوماً لدى الحاكم وكذلك الحكم اذا كان للغائب مال مودع عند أحد أو دين عليه وهو من جنس النفقة وأقر المودع أو المدين بالمال وبالاولاد او لم يقر والحاكم يعلم ذلك وان لم يكن مال الغائب من جنس النفقة بأن كان عقاراً أو عروضاً فلا يباع منه شيء للنفقة بل تؤمر الأم بالاستدانة عليه لنفقة الاولاد وللولد اذا كان مال أبيه الغائب من جنس النفقة ان ينفق منه بقدر كفايته بلا قضاء٠

(مادة ٤٠٣) لا يجب على الاب نفقة زوجة ابنه الصغير الفقير الا اذا ضمنها وانما يؤمر بالانفاق عليها ويكون ديناً له يرجع به على ابنه اذا أيسر

مقصر فى الواجب عليه وتريد القضاء عليه بتقدير النفقة وتسليمها لها لتتولى الانفاق عليهم فلا يجيبها القاضى الى ما تطلب قبل التحرى فان تحرى وظهر له صدقها فرض لهم النفقة وأمر الاب بتسليم قدر منها اليهـا لتتولى هى الانفاق على الاولاد فان قامت بالواجب عليها ولم يدع عليها الاب الخيانة فيها أما ان ادعى الاب ذلك بأن قال انها تضيق عليهم فى النفقة لتختلس ما بقى منها بحث القاضى ولو بسؤال من يداخلها من الجيران فان أخبروه بصحة قول الاب زجرها ومنعها عن ذلك نظراً للاولاد فان أحسنت صنما فالامر ظاهر والا فلا يسلمها مقداراً كبيراً من النفقة بل يسلمها لهـا عند الصباح والمساء او يأمر غيرها ليتولى الانفاق على حسب ماتقتضيه مصلحة الاولاد فان استلمت نفقة مدة وضاعت منها امر الاب باعطائها غيرها لان نفقة الاولاد وجبت للحاجة وقد وجدت بخلاف نفقة الزوجة كما تقدم فى بابها — انظر مادة (٤٠٥)

فان لم ترفع الام امرها الى القاضى عند مارأت ان الاب يقتر على الاولاد فى النفقة واصطلحت مع الاب على شىء معلوم فى نظير النفقة الواجبة عليه صح الصلح لان الاب يكون من جانب نفسه والام من جانب الاولاد ولما لهـا من حق الحضانة وحينئذ لا يخلوا الحال من ان يكون المبلغ المصطلح عليه

(مادة ٤٠٥) اذا اشتكت الام من عدم انفاق الاب أو من تقتيره على الولد يفرض الحاكم له النفقة ويأمر باعطائها لامه لتنفق عليه فان ثبتت خيانتها تدفع لهاصباحاً ومساء ولا يدفع لها جملة أو تسلم لغيرها ليتولى الانفاق على الولد وان ضاعت نفقة الولد عند الام يفرض على أبيه له غيرها

مساويا لمقدار النفقة او أكثر منه أو أقل فان كان الاول فظاهر وان كان الثانى فان كانت الزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير فهى عفو وإن كانت لا تدخل تحت التقدير تطرح عن الاب — وان كان الثالث وهو ما اذا كان أقل من مقدار النفقة بحيث لا يكفيهم زيد فى المصالح عليه الى ان يبلغ مقدار كفايتهم فاذا فرضنا أن نفقة الاولاد فى الشهر الف قرش واصطلحت مع الاب على أن تأخذ منه مثل هذا المبلغ او مع زيادة قليلة صح ذلك ولا ينقص شيء ومثل هذا ما اذا كان هناك نقص خمسين قرشاً مثلا بحيث أن الباقى يكفيهم فانه لا يزاد شيء أما إذا حصل الصلح على الف وخمسمائة اوعلى ستمائة قرش طرح الزائد عن الاب فى الاول وزيد المقدار فى الثانى الى تمام الكفاية لانها هى المقصودة — انظر مادة (٤٠٦)

فقد علمت أنه متى رفعت الام امرها الى القاضى شاكية من تقتير الاب فى النفقة وثبت لدى القاضى ذلك قدر النفقة وحكم بها على الاب على حسب ميسرته وما هو مستعد له من الاكتساب بالنسبة للزمن المستقبل فاذا قام الاب بدفع النفقة كما فرض القاضى فبها . واما اذا مضت مدة بعد الفرض لم تأخذ الام فيها شيئاً من المقدر فاما ان تكون النفقة غير مستدانة او مستدانة وان كانت مستدانة فاما ان تكون الاستدانة بغير اذن القاضى

(مادة ٤٠٦) اذا صالحت المرأة زوجها عن نفقة الاولاد صح الصلح فان كان ما اصطلحا عليه أكثر قدرا من النفقة وكانت الزيادة يسيرة تدخل تحت التقدير فهى عفو وان كانت لاتدخل تحت التقدير تطرح عن الاب وان كان المصالح عليه أقل من مقدار النفقة بحيث لا يكفيهم تزاد بقدر الكفاية

أو باذنه فان لم تكن النفقة مستدانة اصلا او كانت مستدانة لا بأمر القاضى فلا يسقط المقدار المتجمد منها فى الزمن الذى لم تطالبها الام فيه لانها صارت دينا بالقضاء فلها المطالبة به سواء كانت المدة الماضية التى لم تأخذ فيها النفقة قليلة أو كثيرة . وهذا هو الذى عليه العمل الآن وبعضهم يقول ان كانت المدة الماضية أقل من شهر فلا تسقط وان كانت شهراً فاكثر سقطت

واتفقوا على أن هذه النفقة تسقط بموت الاب أو الاولاد فاذا مضت ثلاثة أشهر مثلا بعد القضاء بها وتجمدت على الاب نفقة هذه المدة ثم مات فلا يكون لام الاولاد حق فى أخذ المقدار المتجمد من التركة واذا ماتت الاولاد فليس لمن يرثهم مع الاب مطالبته بقدر نصيبهم منه لان الحنفية يقولون ان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية والشافعية يخالفونهم فى ذلك ومذهبهم ظاهر المراد

وان كانت النفقة مستدانة بأمر القاضى فلا يسقط دينها اصلا لا بموت ولا بغيره لان للقاضى ولاية عامة فهى بمنزلة استدانة الاب وهو لو استدان بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما فهذا مثله فما دام الاب موجوداً فلها ان تطالبه بها قصرت المدة او طالت واذا مات فلا تسقط ايضاً بل يكون لها الحق فى اخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة لان الدين مقدم . ويظهر ان الاب لو اذن الام فى الاستدانة بعد ما فرض القاضى النفقة واستدانت بالفعل وانفقت على الاولاد يكون الحكم كما لو اذنها القاضى بالاستدانة بل هو اولى لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضى عليه — انظر مادة (٤٠٧)

(مادة ٤٠٧) اذا قضى القاضى للزوجة على زوجها بنفقة ولدها الصغير منه فهى فى

﴿ الباب الثالث ﴾

(فى النفقة الواجبة للأبوين على الأبناء)

كما ان النفقة بجميع أنواعها واجبة على الاصل لفرعه بالتفصيل المتقدم فكذلك نفقة الاصول واجبة على الفروع بالطريقة الآتية وهى

ان الاب اما ان يكون غنياً أو فقيراً فان كان غنياً وجبت نفقته فى ماله لأن نفقته على الفرع انما وجبت للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره

وان كان فقيراً فاما ان يكون قادراً على الكسب أو عاجزاً عنه فان كان الاول ففيه خلاف قال بعضهم لا يجبر الولد على النفقة فى هذه الحالة لأن الأب غنى باعتبار الكسب فلا ضرورة فى ايجاب النفقة على الغير وقال البعض الآخر تجب النفقة فيجبر الولد عليها لان معنى الاذى فى ايكاله الى الكد والتعب اكثر منه فى التأفيف المحرم بقوله تعالى (ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما) وهذا القول هو المعول عليه . وان كان الثانى وهو ما اذا كان عاجزاً عن الكسب فلا خلاف فى وجوب النفقة على الولد ولا فرق بين أن يكون الولد مذكراً أو مؤنثاً صغيراً أو كبيراً بعد ان يكون موسراً

حكم نفقة الزوجة فى عدم سقوطها بمضى شهر فاكثر بعد الفرض ولو بغير استدانة بامر القاضى وعليه عمل القضاة الآن وهو الأرفق بخلاف سائر المحارم ولو فرض القاضى النفقة للصغير على أبيه ومضت مدة لم تقبضها الأم حتى مات الأب فان كانت النفقة مستدانة بأمر القاضى يكون للأم الرجوع بها فى تركته كما ترجع بها عليه لو كان حياً ولو لم تكن مستدانة بأمر القاضى حتى مات سقطت النفقة بالاتفاق

وأما الأم فتجب نفقتها على ولدها متى كانت فقيرة اتفاقاً ولو كانت قادرة على الكسب لان الانوثة عجز اللهم الا اذا كانت مكتسبه بالفعل — والاجداد والجدات وان علا كل منهما فى ذلك كالابوين سواء كان الجد أو الجدة من قبل الاب كأبى الأب وأم الأب أو من قبل الأم كأبى الأم وأم الأم

ولا يشترط فى وجوب النفقة على الفرع ان يكون الاصل مسلما بل لو كان ذمياً وجبت نفقته متى كان فقيرا أما الابوان فلقوله تعالى (وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفاً) قيل نزلت هذه الآية فى سعد بن أبى وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة ياسعد بلغنى أنك صبوت فوالله لا يظلنى سقف بيت ولا آكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد صلى الله عليه وسلم وترجع الى ما كنت عليه وكان أحب ولدها اليها فأبى سعد وصبرت هى ثلاثة أيام حتى غشى عليها فأتى سعد النبى صلى الله عليه وسلم وشكا اليه فنزلت هذه الآية . وليس من الاحسان والمعروف ان يعيش الولد فى نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا. وأما الاجداد والجدات فلانهم تسببوا فى احيائه فاستوجبوا عليه الاحياء كالابوين ولكن يشترط فى وجوب النفقة على الفرع للاصل ان يكون موسرا ومتى كان كذلك فلا يشاركه أحد فى نفقة أصوله المحتاجين — انظر مادة (٤٠٨)

(مادة ٤٠٨) يجب على الولد الموسر كبيرا كان أو صغيراً ذكراً أو أنثى نفقة والديه واجداده وجداته الفقراء مسلمين كانوا أو ذميين قادرين على الكسب أو عاجزين ولا يشارك الولد الموسر أحد فى نفقة أصوله المحتاجين

وكما تجب نفقة الاب على الولد تجب نفقة زوجته عليه ولـكن المعول عليه ان نفقة زوجة الاب لا تجب على الولد الا اذا كان الاب مريضاً مرضاً يحوجه الى زوجة أو خادم يقوم بشأنه كالعمى والشلل فعلى هذا لا فرق بين الاب والابن فان الابن اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه كما وجبت نفقة المخدوم وحيث ان زوجة واحدة تكفى لخدمته فلا تجب على ولده الموسر الا نفقة زوجة ولو كان متزوجا بعدة زوجات وانما يدفعها للاب ليوزعها عليهن — أنظر مادة (٤٠٩) .

ومحل وجوب نفقة الام على ولدها اذا لم تكن متزوجة فان كانت كذلك فنفقتها على زوجها ولـكن المقام فيه تفصيل لان الام اما ان تكون متزوجة بأبي الولد واما ان تكون متزوجة بغيره . فان كان الاول وكان الاب موسرا وجبت نفقتها عليه وان كان معسرا والام معسرة أيضاً قال ابن عابدين الظاهر وجوبها على الولد ولو لم يكن الاب محتاجا اليها لقولهم لا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد وأما لو كانت موسرة والاب محتاجا اليها فكذلك . وان لم يكن الاب محتاجا فالظاهر انه يؤمر بها ليرجع على أبيه اذا أيسر أو تنفق هى لترجع على الاب عند الميسرة وهذا أقرب . وان كان الثانى وهو ما اذا كانت متزوجة بغير أبي الولد فلا كلام فى وجوب نفقتها على زوجها سواء كان موسرا أو

(مادة ٤٠٩) اذا كان الاب زمناً أو مريضاً مرضاً يحوجه الى زوجة تقوم بشأنه أو الى خادم يخدمه وجبت نفقة الزوجة أو الخادم على ولده الموسر كما تجب له نفقة خادم على أبيه ان كان معسراً ومحتاجا الى ذلك كما تقدم فى الاب واذا كان للاب الفقير عدة زوجات فلا يجب علي ولده الموسر الا نفقة واحدة عند الحاجة كما سبق

معسرا إنما اذا كان معسرا يؤمر الولد بالانفاق عليها ويكون ما ينفقه دينا له على الزوج يأخذه منه اذا أيسر وهذا اذا كان الزوج حاضرا فلو كان غائباً فرضت لها النفقة فى ماله ان كان له مال على الطريقة المتقدمة فى نفقة زوجة الغائب فان لم يكن له مال أصلا فرض لها القاضي النفقة وأمر الولد بالانفاق عليها ويكون ماينفقه ديناً علي الزوج يأخذه منه اذا حضر — أنظر مادة (٤١٠)

فالذى علم ان نفقة الاب لا تجب على الولد الا اذا كان موسرا والاب فقير فلو كان الولد فقيرا أيضافاماان يكون الأب قادراً على الكسب أوعاجزا عنه فان كان الاول فالمعول عليه عدم وجوب النفقة قضاء وان كان الثانى وجبت النفقة فللقاضى اذا كان يبقى من كسب الولد شيء بعد نفقته ونفقة أولاده فرضها فيه وأمره بالاعطاء وأما اذا لم يبق شيء فلا يجبر على اعطائه شيئاً على حدته بل يؤمر بضم الاب الى عياله وينفق على الكل لأن طعام الاربعة مثلا إذا فرق على الخمسة لا يضرهم ضررا فاحشا . وكل أصل مذكر كأبى الاب يكون حكمه حكم الاب وأما الاصل المؤنث فلا يشترط فى اجراء الاحكام المتقدمة عليه ان يكون عاجزا عن الكسب بل يكفى فيه الفقر ولو كان قادرا على الكسب لان الانوثة بمجردها عجز فالام أو الجدة المحتاجة ولولم يكن بهاما يمنعهاعن الكسب بمنزلة الاب اذا لم يكن قادراً على الاكتساب

(مادة ٤١٠) المرأة المعسرة المتزوجة بغير أبى الولد نفقتها على زوجها لا على ولدها انما اذا كان زوجها معسراً أو غائباً وولدها من غيره موسراً يؤمر بالانفاق عليها ويكون ديناً له يرجع به على زوجها اذا أيسر أو حضر

أنظر مادة (٤١١)

وكل الاحكام المتقدمة فيما اذا كان الولد حاضراً اما اذا كان غائباً فان كان له مال من جنس النفقة سواء كان موجوداً فى بيته أو كان وديعة أو ديناً ورفع الأبوان الفقيران أو أحدهما الامر الى القاضى طالباً فرض النفقة فى هذا المال فرضها له بالطريقة والاحكام المتقدمين فى شرح مادة (٤٠٢) وان كان موضوعها نفقة الفروع على الاصول لان الاحكام لا تختلف اذ القاضى يقضى بالنفقة فى مال الغائب للزوجة والفروع والاصول ومتى فرضها القاضى فيه وأمر كلاً من المودع والمدين بالانفاق عليهم وقام بما أمر به فليس للغائب اذا حضر حق قبل واحد منهما لان أمر القاضى ملزم اذ ولايته عامة فصار كامر الغائب نفسه

وأما اذا أنفق المودع الوديعة على أبوى صاحبها أو على أولاده وزوجته أو أنفق المدين الدين على من ذكروا وكان ذلك بغير اذن من القاضي ولا من صاحب الوديعة والدين فانه لا يبرأ أمام المودع والدائن فلكل منهما مطالبته بالوديعة والدين وليس له أن يحتج بأنه انفقهما على من ذكر لانه تصرف فى مال الغير بلا ولاية عليه ولا نيابة منه فيضمنه واذا دفع مثل الوديعة والدين الى مستحقه فلا يكون له حق فى الرجوع على من أنفق عليهم لانه بالضمان

(مادة ٤١١) لا يجب على الابن الفقير نفقة والده الفقير الا اذا كان الابن كسوباً والاب زمناً لا قدرة له على الكسب فحينئذ يشاركه الاب فى القوت ديانة والام المحتاجة بمنزلة الاب الزمن ولو لم يكن بها زمانة وان كان للابن الفقير عيال يضم أبويه المحتاجين الى عياله وينفق على الكل ولا يجبر على اعطائهما شيئاً على حدته

ملكه مستنداً الى وقت التعدى فتبين انه تبرع بملكه فصار كما لو قضى بالوديعة دين صاحبها فانه يكون ضامناً كذا قالوا وهذا اذا كان صاحب الوديعة غائباً ثم حضر أما اذا مات فى سفره فقد برىء المودع اذا لم يكن للغائب وارث سوى من استلم النفقة فلا رجوع له على المودع لانه وصل اليه عين حقه فلو كان للغائب وارث غير من أخذ الوديعة ضمن المعطى حصته من الوديعة وقيد بعضهم ضمان منفق الوديعة والدين فيما اذا كان الانفاق بغير اذن بما اذا كان المودع والمدين فى مكان يمكن استطلاع رأى القاضى أو المالك فيه فان كان فى مكان لا يمكن فيه ذلك فلا ضمان استحساناً وهو قيد حسن لان كلاً من المودع والمدين وان لم تكن له ولاية على المال الا انه أوصله الى مستحقه فى الوقت الذى لا يمكنه الحصول على رأى من له الولاية — وينبنى على ذلك انه لو كان لشخص وديعة عند غيره وكان صاحبها مديناً لآخر فقضى المودع دين صاحبها منها فلا يضمن استحساناً حتى لو مات صاحب الوديعة فى سفره اذا كان غائباً حل للمودع ان يحلف لورثته انهم لا يستحقون قبله حقاً لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح (والله يعلم المفسد من المصلح) ولكنهم قالوا ان ذلك خاص بالديانة أما فى القضاء فيضمن ويترتب على هذا مسائل كثيرة. منها اذا كان رجلان فى سفر فطرأ على أحدهما ما يستوجب صرف شىء من ماله عليه فصرفه فلا يضمنه استحساناً. ومنها ما اذا كان لمسجد أوقاف ولم يكن لها متول فقام واحد من أهل البلد وأنفق على المسجد من ريع الوقف ما يحتاج اليه فانه لا يضمن استحساناً. ومنها ما اذا توفى رجل عن ورثة فيهم كبار وصغار وليس هناك وصي فانفق الكبار على الصغار فلا يعدون متطوعين فيما انفقوا بل لهم ان يحسبوا

ذلك من حصتهم لانهم محسنون فيحل لهم ان يقروا بما فضل له من نصيب الصغار فقط ولو حلفوا فلا شيء عليهم ونظير هذا ما اذا عرف الوصى الدين على الميت فقضاه من تركته ولم يقر بذلك ولم يعرفه القاضي ولا الورثة فانه لا يأثم الى غير ذلك من الفروع التى لا تدخل تحت حصر . وقد جرى الامام محمد على هذا الاصل فقد روى انه توفى أحد تلاميذه فباع كتبه وانفق ثمنها فى تجهيزه فقيل له انه لم يوص بذلك الى أحد فتلا قوله تعالى (والله يعلم المفسد من المصلح) — انظر مادة (٤١٢)

فالذى علم ان الشخص اذا كان له فرع أو أصل وجبت النفقة على الموجود منهما فاذا لم يكن له واحد منهما فان كان له قريب من جهة الحواشى كالاخ والعم والخال وجبت له عليه النفقة فاذا لم يكن له قريب ممن تجب نفقته عليه وكان لا يمكنه التكسب بأى طريقة من الطرق وجبت نفقته فى بيت المال فالشيخ الكبير والمريض مرضاً مزمناً والاعمى والاشل الذين لا يمكنهم الولوج فى أى باب من أبواب الكسب تجب نفقتهم فى بيت المال لان الغرم بالغنم اذ لو فرض موت واحد منهم عن تركة ولم يترك وارثاً

(مادة ٤١٢) اذا كان الابن غائباً وله مال مودع عند أحد أو دين عليه وهو من جنس النفقة فللقاضى أن يفرض منه النفقة لأبويه الفقيرين ولو أنفق المودع الوديعة أو المديون الدين على أبوى الغائب بلا اذنه أو بغير أمر القاضى يضمن للغائب ما أنفقه ولا رجوع له على أبويه ولو أنفق المودع الوديعة على أبى الغائب بلا أمره ثم مات الغائب ولا وارث له غير الاب فلا رجوع للأب على المودع

أخذها بيت المال — انظر مادة (٤١٣)

فان كان الموجود من جهة الفرع شخصاً واحداً وجبت عليه النفقة لاصله متى كان الاصل معسراً والفرع موسراً وأما اذا وجد اثنان أو اكثر فاما ان يختلفوا فى الدرجة أو يتحدوا فيها — فان كان الاول كبنت وابن ابن أو بنت بنت وبنت ابن ابن وجبت النفقة على الاقرب درجة ولو كان لا يستحق شيئاً فى الميراث ففى المثال الاول تجب النفقة على البنت لانها أقرب من ابن الابن وكل منهما وارث اذ لو فرض موت الشخص الواجبة له النفقة عن تركة أخذت البنت النصف بطريق الفرض وابن الابن النصف بطريق التعصيب وفى المثال الثانى تجب النفقة على بنت البنت لانها أقرب درجة وان كان الوارث فيه بنت ابن الابن لانها من ذوى الفروض واما بنت البنت فهى من ذوى الارحام وهم لا يستحقون شيئاً مع أصحاب الفروض

وان كان الثانى وهو ما اذا اتحدت الدرجة كبنت وابن أو ابن ابن وبنت بنت وجبت النفقة على الجميع بقطع النظر عن الاستحقاق فى الميراث وعن الذكورة والانوثة وزيادة الثروة ونقصها وينبنى على ذلك انه لو كان للرجل الفقير ابن وبنت موسران فنفقته عليهما بالسوية وان كان الميراث بينهما اثلاثاً للمذكر ضعف ما للانثى وان كان له ولدان موسران أحدهما مسلم والثانى نصرانى أو يهودى فالنفقة أيضا عليهما بالسوية ولو كان الوارث هو المسلم اذا كان أبوهما مسلما أو غير المسلم اذا كان الاب غير مسلم لأن اختلاف

(مادة ٤١٣) نفقة الشيخ الكبير والزمن والمريض على بيت المال اذا لم يكن لهم مال ولا قريب يعولهم

الدين من موانع الارث وان كان له ابن ابن وبنت بنت موسران فالنفقة عليهما انصافاً وان كانت بنت البنت لا تستحق شيئاً مع ابن الابن لانهامن ذوى الارحام وهو عصبة ولو كان للفقير ابنان احدهما فائق فى الغنى والآخر لا يملك الا قليلا من المال وجبت النفقة عليهما بالسوية

وخالف بعضهم فى ذلك متى كان التفاوت فى الغنى فاحشاًفقال إن النفقة تكون بقدر التفاوت فى الثروة . وانما كانت النفقة على الفروع بالسوية بقطع النظر عن الارث متى اتحدت الدرجة لان المعتبر فى ايجاب النفقة وهو الجزئية أو اعتبار التأويل فى مال الولد بالحديث المشهور «انت ومالك لابيك» يشمل الذكر والانثى على حد سواء . كذا قال بعض الفقهاء وخالف بعضهم فى ذلك قائلا تجب النفقة على الفروع للاصول بمقدار الارث مستدلا بقوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) فجعل العلة هى الارث فيتقدر الوجوب بقدر العلة ولان الغرم بالغنم اى مقدر به فالذى يغنم من الاصل اذا مات عن تركة هو الفرع الوارث فيغرم بمقداره ان كلا فكل وان بعضاً فبعض

وينبنى على هذا انه لو كان لشخص فقير ابن وبنت فالنفقة عليهما اثلاثاً ولو كان له بنت وابن ابن فالنفقة عليهما انصافاً كالارث ولو كان له بنت بنت وابن ابن فالنفقة عليه لا عليهما لانه هو الوارث وهذا القول ظاهر المراد — أنظر مادة (٤١٤)

(مادة ٤١٤) لا عبرة بالارث فى النفقة الواجبة على الابناء للوالدين بل تعتبر الجزئية والقرابة بتقديم الاقرب فالاقرب فاذا كان للرجل الفقير ابن وبنت موسران

﴿ الباب الرابع ﴾

فى نفقة ذوى الارحام

ذوو الارحام فى اللغة هم الاقارب سواء كانوا فروعاً أو أصولا أو غيرهم ولكن للفقهاء فيهم اصطلاحات فيطلقونهم فى باب النفقات على من عدا الفروع والاصول من الاقارب فنفقة الفروع واجبة على الاصول وبالعكس على حسب الطريق التى عرفتها من البابين المتقدمين وأما نفقة غيرهم من الاقارب فلا تجب الا اذا كان رحماً محرماً أى قريباً تحرم مناكحته كالاخت والخالة مثلا فان كان رحماً غير محرم أى قريباً تحل مناكحته كبنت العمة والخالة وبنت العم والخال فلا تجب النفقة وقال ابن ابى ليلى والامام احمد بن حنبل تجب النفقة لكل قريب وارث سواء كان رحماً محرماً أو رحماً غير محرم واستدلوا بقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) ووجه الاستدلال ان الله سبحانه وتعالى علق وجوب النفقة بالوارث سواء كان محرماً أو غير محرم فقيد المحرمية زيادة على ما فى القرآن وهو لا يجوز وروى ان بعض الصحابة سأل النبى عليه الصلاة والسلام قائلا له « يارسول الله من أبر قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال

فنفقته عليهما بالسوية وان كان له ولدان موسران احدهما مسلم والثانى نصرانى أو يهودى فالنفقة عليهما أيضاً بالسوية وان كان له ابن وابن ابن موسران فنفقته على الابن فان كان الابن غائبا ولا مال له حاضر يؤمر ابن الابن بالانفاق ويرجع به على أبيه اذا حضر وان كان له ابن ابن وبنت بنت فالنفقة عليهما بالسوية

اباك ثم الأقرب فالاقرب . وفى رواية فان فضل شيء عن اهلك فلذوى قرابتك » فهذا الحديث ليس فيه تقييد بالرحم المحرم بل كل قريب واستدلت الحنفية بقراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك فتكون بيانا للقراءة المتواترة ويرد على هذا بان القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد وهو لا يجوز تقييد المطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة وهو فى محله اللهم الا أن يدعى شهرتهاومذهب الامام احمد وابن ابى ليلى ظاهر المراد

ولنوضح لك هذا بانه اذا كان لشخص تجب له النفقة على أقاربه خال وابن عم شقيق أو لاب فعلى مذهب الامام احمد تجب النفقة على ابن العم لانه قريب وهو الوارث وعند أبى حنيفة وأصحابه تجب على الخال وان كان الوارث هو ابن العم لان ابن العم ليس محرماً وان كان قريبا ولا يخفى ما فيه . فالذى ظهر ان نفقة غير الاصول والفروع لا تجب الا اذا كان القريب رحما محرما عند الحنفية ومع هذا فلا بد لوجوبها من شروط تحقق فى الشخص المنفق عليه وان كانت تختلف بحسب صغره وكبره وذكورته وأنوثته وفقره وغناه

وبيان ذلك أن الرحم المحرم اما أن يكون غنياً أو فقيراً وعلى كل فاما أن يكون صغيراً أو كبيراً وعلى كل فاما أن يكون مذكراً أو مؤنثا. فان كان ذو الرحم المحرم غنيافنفقته من ماله سواء كان صغيرا أو كبيرا وسواء كان مذكرا او مؤنثا لأن نفقته انما وجبت على قريبه لحاجته وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره . وان كان ذو الرحم المحرم فقيراً وصغيراً وجبت نفقته على قريبه بقدر ارثه منه سواء كان مذكرا أو مؤنثا لانه محتاج فيؤمر القريب بسد عوزه ولان

الغرم بالغنم فكما أنه يرثه ان مات عن تركة ينفق عليه ان كان محتاجا للنفقة

وان كان ذو الرحم المحرم كبيراً ومذكرا فاما أن تكون به عاهة تمنعه عن الكسب أولا فان كان الاول كما اذا كان مريضا مرضا مزمنا أو به شلل أو عمى أو كان من طلبة العلم ولا يمكنه التكسب أو من أبناء الاشراف ولا يستأجره الناس وجبت نفقته على قريبه بقدر ارثه منه لتحقق العجز . وان كان الثانى وهو ما اذا لم يكن به عاهة تمنعه عن الكسب فلا تجب النفقة على قريبه بل على نفسه لانه غنى بكسبه فتجب نفقته فيه والمراد بالكبير هنا أن يكون قادراً على الكسب وان لم يكن بالغا فان اكتسب وكان كسبه يفى بحاجته فبها وان لم يف فعلى قريبه اتمام الكفاية

وان كان ذو الرحم المحرم كبيراً ومؤنثا وجبت النفقة على القريب سواء كانت عاجزة عن الكسب أوقادرة الى ان تتزوج وحينئذ تكون نفقتها على زوجها نعم اذا كانت الانثى مكتسبة بالفعل من صنعة يجوز لها تعاطيها وجبت نفقتها فى كسبها فان وفى بحاجتها فذاك هو المطلوب والا فعليه تمام الكفاية

ويشترط فى ايجاب النفقة على القريب ان يكون موسراً فلو كان معسراً فلا تجب عليه واختلف العلماء فى تفسير اليسار فى باب النفقة فقال أبو يوسف لا يكون الشخص موسراً الا اذا كان مالكا لنصاب الزكاة وهو عشرون مثقالا من الذهب أو مائتا درهم من الفضة ولا بد أن يكون هذا المبلغ فاضلا عن حوائجه الاصلية لانه هو المعتبر لوجوب المواساة عليه فى الشرع كصدقة الفطر . ومحمد يقدر اليسار فى وجوب النفقة بأن يكون عنده شىء فاضل عن نفقة نفسه وعياله بحسب استعداده للكسب لان المعتبر فى حقوق العباد

القدرة دون النصاب وهذا أوجه فليكن المعول عليه لانه أظهر من حيث الترجيح والاستدلال وان قالوا الفتوى على الاول . فمتى كان القريب موسرا وقام بالواجب عليه نحو قريبه فذاك هو المطلوب فيجبره صاحب الولاية العامة بما يراه رادعاً له لامتناعه عن حق واجب عليه — انظر مادة (٤١٥)

ويشترط فى وجوب نفقة ذوى الارحام اتحاد الدين فلا تجب على المسلم نفقة أخيه النصرانى أو اليهودى وبالعكس اذ لا توارث بين مسلم وغيره لان النفقة تابعة للارث بدليل قوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك)

ولكن لا يشترط هذا الشرط وهو اتحاد الدين فى نفقة الزوجة والاصول والفرع بل لهم النفقة وان اختلفوا فى الدين لان نفقة الزوجة انما وجبت بعقد النكاح وذلك يتبع صحة العقد دون اتحاد الملة ولان نفقة الاصول وجبت على الفروع بقوله تعالى (وصاحبهما فى الدنيا معروفا) وفسرها النبي صلى الله عليه وسلم بحسن العشرة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا ونزلت هذه الآية فى حق الابوين الكافرين بدليل ما قبلها وهو (ووصينا الانسان بوالديه حسناً وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفاً) وليس من

(مادة ٤١٥) تجب النفقة لكل ذى رحم محرم فقير تحل له الصدقة على من يرثه من أقاربه ولو صغيراً بقدر ارثه منه ويجبر القريب عليها ان أبى وهو موسر ولا فرق بين أن يكون ذو الرحم المحرم المحتاج ذكراً صغيراً أو كبيراً عاجزاً عن الكسب أو أنثى صغيرة أو بالغة زمنة أو صحيحة البدن قادرة على التكسب لا مكتسبة بالفعل

الاحسان ولا من المعروف أن يعيش الولد فى نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعاً ولو كانا غير مسلمين . ولان نفقة الفروع وجبت بقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ولا تفصيل فيها ولان الفرع جزء من الاصل ونفقة الجزء لا تمتنع بالكفر كنفقة نفسه ولكن يشترط أن تكون الاصول أو الفروع غير المسلمين ذميين فلو كانوا مستأمنين اوحربيين فلا تجب لهم النفقة بشهادة قوله تعالى (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم ان تولوهم الخ) فلم ينهنا عن بر من لم يقاتلنا فى الدين وهم الذميون ونهانا عن بر من قاتلنا فيه فما علينا الا امتثال الامر — أنظر مادة (٤١٦)

ويتفرع على مذهب السادة الحنفية القائلين بانه لا تجب نفقة القريب الا إذا كان رحماً محرماً أنه اذا وجد لشخص مستحق للنفقة عدة أشخاص من أقاربه فلا يخلو الحال من أحد أمرين الاول الاختلاف فى المحرمية الثانى الاتحاد فيها فان كان الاول وجبت النفقة على الرحم المحرم أما القريب الرحم غير المحرم فلا تجب عليه نفقة قريبه ولو لم يوجد الا هو فلو كان لشخص مستحق النفقة خال شقيق أو لاب أو لام وابن عم شقيق أو لاب وجبت النفقة على الخال وان كان ابن العم هو الوارث اذ لو فرض موت هذا

(مادة ٤١٦) لانفقة مع الاختلاف دينا الا للزوجة والاصول والفروع الذميين فلا تجب على مسلم لاخيه الذمى ولا على ذمى لاخيه المسلم ولا على مسلم أو ذمى لابويه غير الذميين ولو كانا مستأمنين ولا على مستأمن لمسلمين أو ذميين

الشخص عن تركة استحقها ابن العم لانه عاصب والخال من ذوى الارحام وهم لا يستحقون شيئاً مع العاصب وانما وجبت النفقة على الخال لا على ابن العم لان الاول رحم محرم والثانى رحم غير محرم ومثل هـذا المثال ماذا كان لشخص مستحق النفقة عم لام وابن عم لاب فان النفقة تجب على الاول لا على الثانى لما تقدم ولا تنس ما تقـدم لك من أن الامام احمد بن حنبل وابن أبى ليلى من الحنفية يخالفان فى ذلك فيجعلان وجوب النفقة دائراً على محور الارث سواء كان القريب رحماً محرماً أو رحماً غـير محرم فيوجبان النفقة فى المثالين المتقدمين على ابن العم وهو ظاهر اذ الغرم بالغنم — انظر مادة (٤١٧) .

وان كان الثانى وهو ما اذا اتحدت الاقارب فى المحرمية فاما أن يكون بعضهم هو المستحق للتركة وحاجباً للبعض الآخر واما أن يكون الـكل مستحقين فى التركة على فرض وجودها

فان كان الاول وجبت النفقة على المستحق وحده وينتج من هذا أنه اذا كان للشخص المستحق للنفقة خال شقيق أو لأب أو لأم وعم شقيق أو لاب تجب النفقة على العم لا الخال لاستوائهما فى المحرمية والعم يحجب الخال لانه عاصب والخال من ذوى الارحام وذو الرحم لا يستحق شيئاً مع

(مادة ٤١٧) لا تجب نفقة على رحم غير محرم مع وجود الرحم المحرم أو عدمه فاذا لم تستو الاقارب فى المحرمية بان كان بعضهم محرما وبعضهم غير محرم يعتبر فى ايجاب النفقة أهلية الارث لا حقيقته فلو كان للفقير خال من قبل الاب والام أو من قبل أحدهما وابن عم لاب وام فنفقته على الخال وان كان ابن العم هو الوارث

الغاصب وهو ظاهر لان الغرم بالغنم

وان كان الثانى وهو ما اذا كان الكل مستحقين فى التركة وجبت النفقة على الجميع بقدر استحقاقهم فى الارث ويتفرع على ذلك انه اذا كان لشخص مستحق النفقة خال شقيق وخالة شقيقة وجبت النفقة اثلاثاً فالخال يلزمه الثلثان والخالة الثلث لان ارثهما على هذه النسبة فلوكان أحدهما شقيقاً والآخر لاب أو لام وجبت النفقة على الشقيق لانه أقوى من الآخر فهو الوارث ولو كان له أخت شقيقة وأخت لاب وأخت لام وجبت النفقة عليهن اخماسا ثلاثة أخماس على الاخت الشقيقة وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت لام لان استحقاقهن للارث فى هـذا المثال على هذه النسبة — وبيان ذلك أن الاخت الشقيقة لها النصف وكل من الاختين الباقيتين السدس فيكون المجموع خمسة أسداس وحينئذ يبقى من التصحيح الذى انقسمت اليه التركة سدس ومن حيث انه لا يوجد مستحق له فيرد على الموجودات بنسبة سهامهن وهى خمسة للشقيقة منها ثلاثة ولكل من الاختين واحد فقد أخذت الشقيقة ثلاثة أخماس التركة فرضاً ورداً وكل من الاختين الاخيرتين الخمس فرضاً ورداً أيضاً . ولو كان له أخ شقيق وأخ لاب وأخ لام وجبت النفقة على الاخ الشقيق والاخ لام ولا شىء على الاخ لاب لانه لا يرث فى هذا المثال اذ هو محجوب بالاخ الشقيق لان كلا منهما عاصب فيقدم الاقوى عند الاتحاد فى الجهة والدرجة وأما الاخ لام فليس بعاصب بل من أصحاب الفروض فلا يحجبه الاخ الشقيق وان كان أقوى منه ووجوب النفقة عليهما يكون بقدر استحقاقهما فى الميراث فعلى الاخ لام

السدس وعلى الشقيق الباقى — انظر مادة (٤١٨)

ومن حيث إن نفقة القريب واجبة فان قام بها من تلزمه نحو قريبه فبها ونعمت وإن لم يقم ورفع المستحق لها أمره للقاضى طالبا منه فرض النفقة له اجابه الى طلبه وفرضها وألزم القريب باعطائه المفروض من ذلك التاريخ متى توفرت كل الشروط المتقدمة فان دفع القريب لقريبه المبلغ المقضى به فى مواعيده فالأمر ظاهر أما اذا مضت مدة بعد الفرض لم يأخذفيها شيئاً من المقدر فاما أن تكون النفقة غير مستدانة أصلا واما أن تكون مستدانة وان كانت مستدانة فاما أن تكون الاستدانة بغير اذن القاضى او باذنه وكل له حكم يخصه واليك البيان .

فان لم تكن النفقة مستدانة أصلا أو كانت مستدانة لا بأمر القاضى فلا يسقط المقدار المتجمد منها فى الزمن الذى لم يطلبها فيه ان كانت المدة أقل من شهر فان كانت شهراً أو أكثر سقطت وكما تسقط بمضى الزمن تسقط بالموت وان كانت النفقة مستدانة بأمر القاضى فلا يسقط دينها أصلا لا بموت ولا بغيره لان للقاضى ولاية عامة فهى بمنزلة استدانة

(مادة ٤١٨) اذا استوت الاقارب فى المحرمية وأهلية الارث يترجح الوارث حقيقة ويلزم بالنفقة بقدر الارث ان كان موسراً فلو كان لذى الرحم المحرم المحتاج خال وعم موسران فنفقته على العم ولو كان له خال وخالة من قبل الاب والام فالنفقة عليهما أثلاثاً ولو كان له أخوات متفرقات فنفقته عليهما أخماساً ثلاثة أخماس على الشقيقة وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت لام ولو كان له أخوة متفرقة فالسدس على الاخ لام والباقى على الشقيق

المقضى عليه بنفسه وهو لو استدان بنفسه لم يسقط ذلك الدين بموت أحدهما فهذا مثله فما دام القريب المقضى عليه بالنفقة موجوداً فللمقضى له أن يطالبه بها قصرت المدة أو طالت وكذا اذا مات لا تسقط أيضاً بل يكون له الحق فى أخذها من تركته قبل قسمتها على الورثة لان الدين مقدم على الارث ومثل نفقة ذوى الارحام فى الاحكام المتقدمة نفقة الوالدين لان نفقة الكل انما وجبت للحاجة فاذا اندفعت سقطت النفقة — انظر مادة (٤١٩)

﴿ الباب الخامس ﴾

﴿ في ولاية الاب ﴾

لما كان الشارع حكيما يضع الاشياء فى محلها نظر الى الشخص وهو أعلم بمصالحه من حيث التصرف نظر خبير فقال ان الشخص سواء كان مذكراً أو مؤنثاً اما أن يكون صغيراً واما أن يكون كبيراً والكبير اما أن يكون عاقلا أو غير عاقل والعاقل اما أن يكون رشيداً أى مصلحاً فى ماله أو غير رشيد وجعل لكل حكما يخصه واليك البيان

فالشخص الكبير أى البالغ ان كان عاقلا رشيداً فلا ولاية لأحد

(مادة ٤١٩) النفقة المفروضة للابوين ولذوى الارحام تسقط بمضى شهر فأ كثر ما لم تكن مستدانة فعلا بأمر القاضى فلا تسقط وتكون ديناً على من وجبت عليه تؤخذ من تركته بعد موته

عليه بل هو الذى يتولى أمور نفسه لان الشخص متى كان كامل الرأى كان نظره فى شؤون نفسه أنفع من نظر غيره فيها وان كان غير رشيد فالامام الاعظم يوليه أمور نفسه ولا يرى الحجر عليه متى بلغ خمساً وعشرين سنة والصاحبان يريان الحجر عليه بالنسبة للتصرف فى ماله ويأتى لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه فى الحجر على السفيه

وان كان صغيراً أو كبيراً غير عاقل بان كان مجنوناً أو معتوها فاتفقوا على انه محجور عليه ولا ولاية له بل الذى يتولى أموره غيره لانه عاجز عن النظر فيما ينفعه وهذا الغير تارة تكون له الولاية على النفس فقط وتارة تكون له الولاية على المال ليس الا وتارة تكون له الولاية عليهما وقد عرفت من له الولاية على النفس فى الباب الرابع فى الولاية على النكاح وأما الذى له الولاية على المال فقط فهو الوصى والذى تثبت له الولاية عليهما هو الاب والجد والقاضى وان كانوا ليسوا فى درجة واحدة

والغرض الآن بيان من له الولاية على المال سواء كانت له الولاية على النفس أو لم تكن وهم ستة على هذا الترتيب الاب ووصيه وإن بعد والجد ووصيه كذلك والقاضى ووصيه فالاب مقدم على الكل لان الشفقة واصالة الرأى الموجودين عنده لا يوجدان عند غيره ولكن الآباء ليسوا كلهم فى حكم واحد بالنسبة للتصرف فى أمور أولادهم بل هم مختلفون بحسب صفاتهم لان الاب اما أن لا يعرف بسوء الاختيار بأن كان عدلاً أو مستوراً واما أن يعرف بذلك بأن كان فاسد الرأى سيء التدبير فان كان الاول ثبتت له الولاية فى النفس وفى المال على أولاده الصغار والكبار غير المكلفين سواء كانوا ذكوراً

أو اناثا وسواء كانوا موجودين عنده، بأن كانت مدة الحضانة قد انتهت أو كانوا موجودين عنـد الحاضنة أما كانت أو غـيرها فله أن يزوجهم وان لم يرضوا لان الولاية هى تنفيذ القول على الغـير شاء أو أبى وله التصرف فى أموالهـم بمـا يراه صالحا لهم . وان كان الثانى وهو ما اذا كان الاب فاسـد الرأى سيء التـدبير فسيأتى حكمه فى شرح مادة (٤٢٤) — انظر مادة (٤٢٠)

وتستمر هذه الولاية ما دام الوصف الموجب لها وهو الصغر موجوداً فان بلغ الولد سواء كان مذكراً أو مؤنثاً فاما أن يبلغ غير عاقل بأن بلغ مجنوناً أو معتوهاً وأما أن يبلغ عاقلا فان كان الاول استمرت الولاية لان السبب وهو عدم الاهتداء الى التصرفات النافعة موجود فتبقى ما بقى وان كان الثانى وكان رشيداً انقطعت الولاية وصار هو ولى أمر نفسه ولـكن لو طرأ عليه الجنون أو العته بعد ذلك عادت ولاية أبيه لوجود السبب وهو عـدم اهتدائه الى النافع له — انظر مادة (٤٢١)

فالذى علم أن الاب متى لم يعرف بسوء الاختيار بأن كان متصفاً بالعدالة وحسن السيرة أميناً على حفظ المال أو كان مستور الحال ثبتت له الولاية على أموال أولاده فله حينئذ أن يستثمرها بالتصرفات التى يراها

(مادة ٤٢٠) للاب ولو مستوراً الولاية على أولاده الصغار والـكبار غير المـكلفين ذكورا واناثا فى النفس وفى المـال ولو كان الصغار فى حضانة الام وأقاربها وله ولاية جبرهم على النـكاح

(مادة ٤٢١) اذا بلغ الولد معتوها أو مجنوناً تستمر ولاية أبيه عليه فى النفس وفى المال واذا بلغ عاقلا ثم عته أو جن عادت عليه ولاية أبيه

مؤدية الى ذلك سواء كان بنفسه أو بواسطة غيره بأن يدفع له مبلغاً من مال ولده ليتجر فيه والربح يقسم بينهما حسب الاتفاق فيكون المال من جهة أبي الولد والعمل من جهة الآخر وهذا العقد يسمى مضاربة وله أن يملك منافع أموال ولده لغيره في مقابلة مبلغ يأخذه منه سواء كانت تلك الأموال منقولات أو عقارات وهذا العقد يسمى اجارة وكما انه يملك اجارة الاموال يملك أيضاً اجارة نفس الولد ان كان مذكراً أما الانثى فلا وعللوا ذلك بأن المستأجر يختلي بها وهو غير جائز فيؤخذ منه ان اجارتها لو كانت لامرأة تعلمها صنعة تنفعها في المستقبل جاز له ذلك لحصول المنفعة في الحال والاستقبال وبما أن الاب يملك هذه التصرفات بنفسه يملك أيضاً ان يوكل غيره ليتولاها بالنيابة عنه اذ التوكيل هو اقامة غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه -- انظر مادة (٤٢٢)

وكما انه يجوز للأب اجارة مال ولده يجوز له أيضاً بيعه سواء كان المال عقاراً أو منقولاً ولكن عند ما يبيع مال ولده فاما أن يكون البيع لنفسه أو لغيره فان كان الاول فسيأتي حكمه في شرح مادة (٤٢٦)

وان كان الثاني فاما ان يبيعه بمثل قيمته او بأقل فان كان الأول صح العقد وان كان الثاني فاما ان يكون الغبن يسيراً أو فاحشاً فان كان يسيراً صح

(مادة ٤٢٢) اذا كان الاب عدلا محمود السيرة أو مستور الحال أميناً على حفظ المال فله التصرف والتجارة بالمعروف في مال الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما وله أن يدفعه للغير مضاربة وأن يوكل غيره بذلك وله الاجارة في النفس للذكر وفي المنقولات والأراضي والدواب وسائر الاموال

العقد ايضاً لانه لا يستغنى عنه فى المعاملات ففى اعتباره سدّ باب التصرفات ومتى كان العقد صحيحاً فلا س للولد نقضه بعد البلوغ لانه صدر عن ولاية تامة ولا موجب لنقضه وان كان الغبن فاحشاً كان العقد باطلاً لأن ولاية الأب نظرية ولا نظر مع الغبن الفاحش ولو فرض ان الولد أجاز هذا العقد بعد بلوغه تكون الاجازة لاغية لان الاجازة انما تلحق العقد الصحيح الموقوف لا الباطل . والغبن اليسير هو الذى يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش بخلافه وبعضهم يقدر الغبن الفاحش بنقص خمس الثمن عند البيع وزيادته عند الشراء

وجميع الاحكام المتقدمة بالنسبة للبيع تقال فى الاجارة فلا تصح اجارة الاب أموال ولده الا اذا كانت الاجارة بأجر المثل أو بغبن يسير

وعند مايؤجر الاب ولده أو ماله لزمن معلوم ان استمر الولد صغيراً حتى انقضت مدة الاجارة فلا كلام من جهة فسخ الاجارة وعدمه وأما اذا بلغ فى أثناء المدة فان كانت الاجارة على الاموال فليس له نقضها بل يستمر عقد الاجارة حتى تنتهى المدة التى اتفق عليها الاب والمستأجر وان كانت الاجارة على نفس الولد فهو مخير ان شاء ابقاها الى انتهاء المدة وان شاء فسخها والفرق بينهما أنه ليست هناك فائدة فى فسخ اجارة المال لان الظاهر ان أجرة المثل تبقى ما بقيت المدة بدون زيادة والمستأجر تعلق حقه بالعين المستأجرة مادامت المدة باقية لصدور العقد ممن له الولاية بخلاف ما اذا كانت الاجارة على نفس الولد فان الظاهر ان الاجرة تزيد لانه صار بعد بلوغه اقوى منه قبله وأيضاً قد يرى الولد بعد ماصار ذا رأى معول عليه شرعاً ان اشتغاله بغير ما هو

مؤجر له يكسبه اكثر من الاجرة التى اتفق عليها أبوه مع المستأجر لان الشخص ينظر فى شؤون نفسه اكثر من غيره هذا ما ظهر فان وجدت غيره فأيده لان الغرض المحافظة على الاحكام وأما الاسباب فلا مانع من تعددها ومثل البيع الشراء فكما ان للاب بيع مال ولده كذلك يملك أن يشترى له مايلزم ولكن لو كان الشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير نفذ العقد على الولد فلا يملك نقضه ولو بعد البلوغ لصدوره عن ولاية تامة فلا ينقض اما اذا كان بغبن فاحش فانه ينفذ على الاب ولا يكون العقد باطلا بخلاف البيع فانه يقع باطلا كما عرفته والفرق بين البيع والشراء ان فى البيع تمليك مال الولد وهو المبيع للغير فاذا كان فيه ضرر عليه يقع باطلا لانه لا نظر له فيه فلا يصح التمليك وأما الشراء ففيه تمليك مال الغير لولده بواسطة عقده فان كان فى هذا العقد نظر له نفذ عليه وان لم يكن نفذ على العاقد لان الشخص له ان يتملك مال الغير ولو كان مايبذله فى مقابلته اكثر من قيمته وليس له ان يملك مال من له الولاية عليه لغيره بأقل من قيمته اذا كان الغبن فاحشاً فقد وجد الشراء نفاذاً على العاقد فينفذ عليه — أنظر مادة (٤٢٣)

فهذه هى أحكام تصرفات الاب الذى لم يعرف بسوء الاختيار أما اذا

(مادة ٤٢٣) اذا باع الاب المذكور فى المادة السابقة من أموال ولده عرضاً أو عقاراً أو اشترى له شيأ أو آجر شيأ من ماله بمثل القيمة أو بيسير الغبن صح العقد وليس للولد نقضه بعد الادراك وان باع أو أجر شيئاً بفاحش الغبن يبطل العقد ولا يتوقف على الاجازة بعد البلوغ وان اشترى لولده شيئاً بفاحش الغبن ينفذ العقد على نفسه لا على ولده واذا أدرك الولد قبل انقضاء مدة الاجارة الصحيحة فان كانت على النفس فله الخيار ان شاء نقضها وان شاء امضاها وان كانت على المال فليس له نقضها

عرف الاب بذلك بأن كان فاسد الرأى سيء التدبير وباع مال ولده فلا يصح هذا البيع الا بالخيرية وهى تختلف باختلاف المبيع لانه اما ان يكون عقاراً أو منقولا فان كان الاول فلا يصح البيع الا اذا كان بضعف القيمة فان باعه بأقل من الضعف لم يجز هـذا البيع وحينئذ فان رفعت المسئلة للقاضى قبل بلوغ الولد نقضه لماله من الولاية العامة أما اذا لم ترفع الى القاضى حتى بلغ الولد فللولد نقضه . وان كان الثانى وهو ما اذا كان المبيع منقولا فلا يصح الا اذا كان بزيادة الثلث بان يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر وبعضهم يفسر الخيرية بوجود النفع الظاهر للولد من غير تقييد بالضعف ولا بزيادة الثلث فى المنقول وهو ظاهر وانما اختلف الحكم باختلاف حالة الاب لان الأب اذا كان معروفاً بحسن التدبير وأصالة الرأى فهو لا يقدم على عمل الا اذا نظر فى عاقبته ليرى ما يترتب عليه فاذا أراد بيع شيء من أموال ولده مثلا يكون ناظراً لفائدة تعود على الولد من الثمن الذى يأخـذه فى مقابلته بان يشترى له به شيئاً يعود عليه بنفع اكثر من النفع المترتب على بقاء المبيع فحينئذ يجوز له البيع بمثل القيمة وبالغبن اليسير أما اذا كان معروفاً بسوء الاختيار فلا يمكنه ان ينظر النظر المتقدم فلا يصح بيعه الا اذا كانت الفائدة موجودة فى نفس العقد اذ الموضوع انه لا يمكنه النظر فى العاقبة — انظر مادة (٤٢٤)

فالذى علم ان الاب متى كان متصفاً بفساد الرأى وسوء التدبير وضعت

(مادة ٤٢٤) اذا كان الاب فاسد الرأى سيء التدبير فلا يجوز له بيع عقار ولده الصغير والكبير الملحق به الا اذا كان خيراً له والخيرية ان يبيعه بضعف قيمته فان باعه بأقل من ضعفها لم يجز بيعه فللولد نقض البيع بعد البلوغ

تصرفاته تحت قانون يضمن للولد النفع من نفس هذه التصرفات

أما اذا كان الاب مبذراً متلفاً مال ولده غير أمين على حفظه فليس له ان يتصرف فيه أصلا بل ينزع القاضى المال من تحت يده ويسلمه الى وصى يختاره ليتصرف فيه بما يعود على الصغير بالنفع — انظر مادة (٤٢٥)

فقد علم أن الاب ان كان عدلا أو مستور الحال جازله بيع أموال ولده الصغير أو الكبير الملحق به وشراء ما يراه موافقاً له سواء كان البيع والشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير .أما لو كان الاب فاسد الرأى سيئ التدبير فلا يجوز له كل من البيع والشراء الا بالخيرية ولا يشترط فى صحة كل من البيع والشراء ان يشترى الاب من غيره أو يبيع لغيره بل لو اشترى مال ولده لنفسه أو باع ماله لولده صح هذا العقد لانهم وان اشترطوا فى العاقد التعدد إلا أنهم استثنوا من هذا الشرط مسائل منها الاب ومنها الوصى المختار فان لكل منهما أن يبيع ماله لليتيم وأن يشترى مال اليتيم لنفسه على التفصيل الذى يأتى لك فى تصرفات هذا الوصى ومنها القاضى فان له أن يتولى طرفى العقد بالنسبة ليتيمين له الولاية على أموالهما

ولكن فى صورة شراء الاب مال ولده لنفسه لا يبرأ عن الثمن حتى يرفع الامر الى القاضى فينصب وصياً ليسلمه الاب الثمن ثم يستلمه منه ليكون من ضمن أموال ولده التى له عليها ولاية الحفظ والتصرف وانما احتجنا الى اقامة الوصى بالصورة المتقدمة لئلا يلزم عليه أن الاب يصير قاضياً ومقتضياً فى آن

(مادة ٤٢٥) اذا كان الاب مبذراً متلفاً مال ولده غير أمين على حفظه فللقاضى ان ينصب وصياً وينزع المال من يد أبيه ويسلمه الى الوصى ليحفظه

واحد ولدفع التهمة عن الاب

ويتم هذا العقد بمجرد قول الاب بعت هذا لولدى أو اشتريت ذلك الشيء من ولدى لان عبارته المذكورة تقوم مقام الايجاب والقبول وفى صورة ما اذا باع الاب ماله لولده لا يصير قابضاً له بمجرد العقد بل لا بد من التمكن من قبضه ويتفرع على ذلك أنه لو هلك الشيء المبيع بعد العقد وقبل التمكن من القبض يكون هلاكه على الاب لا على ولده فاذا فرض أن الاب فى مصر وله مال بطندتا مثلا وباعه لابنه ثم هلك بطندتا قبل أن يحضره لاستلامه بالنيابة عن ولده فان هلاكه والحالة هذه يكون على الاب فلو أحضره الى مصر أو ذهب الاب الى طندتا واستلمه كان حكمه كحكم باقى أموال ولده .

ويظهر أن الحكمة فيما ذكر منفعة الصغير بتقليل الاخطار التى تطرأ على ماله بقدر الامكان — انظر مادة (٤٢٤)

وعند ما يشترى الاب شيئاً من مال ولده لنفسه أو يبيع من ماله شيئاً لولده إن دفع الاب ثمن ما اشتراه من ولده فى الحالة الاولى أو أخذ من مال ولده ثمن ما باعه له فالامر ظاهر واما اذا لم يحصل ذلك بل أراد الاب أن يرهن شيئاً من ماله عند ولده بالثمن الذى عليه أو أراد أن يرتهن يعنى يأخذ

(ماده ٤٢٦) للاب شراء مال ولده لنفسه وبيع ماله لولده فان اشترى مال ولده فلا يبرأ عن الثمن حتى ينصب القاضى لولده وصياً يأخذ الثمن من أبيه ثم يرده عليه ليحفظه للصغير وان باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضا له بمجرد البيع حتى لو هلك المبيع قبل التمكن من قبضه حقيقة يهلك على الاب لا على الولد

شيئاً من مال ولده رهناً عنده بثمن ما باعه لولده وفعل صح ذلك الرهن والارتهان وان كان الراهن والمرتهن فى الصورتين واحداً اذ هو الاب فهو مستثنى من قولهم أن الواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن أى لا يكون راهناً ومرتهنا بخلاف الوصى فانه مبقى على الاصل المذكور

واذا كان هذا العقد جائزاً فمن باب أولى يجوز اذا رهن مال ولده عند أجنبى بدين على الولد كما اذا استهلك ولده مالا لغيره وليس عنده نقود يدفع للمالك البدل منها فانه فى هذه الحالة يجوز للاب أن يعطى الدائن شيئاً من أموال ولده ليكون رهناً عنده حتى يأخذ بدل ما استهلكه ولده وإنما جاز هذا العقد بطريق الاولوية لان العاقد تعدد وهو الاب والدائن بخلاف الاول . وكما يجوز للاول أن يرهن مال ولده بدين على الولد يجوز له ان يرهنه بدين عليه هو لان الاب يملك ايداعه عند غيره والرهن أنظر منه فى حق الصبى لان قيام المرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة لانه لو هلك يهلك مضموناً عليه بخلاف الوديعة فانها تهلك هلاك الامانة — ومتى صح هذا الرهن فمادام الشيء موجوداً عند المرتهن أمر الاب بسداد دينه وتخليص الرهن فان هلك تحت يد المرتهن من غير تعد هلك بالاقل من الامرين وهما القيمة والدين فاذا فرضنا ان الاب رهن شيئاً من أموال ولده قيمته خمسون جنيها وكان الدين كذلك وهلك هذا الشيء عند الدائن سقط الدين عن الاب ويلزمه دفع هذا المبلغ الى ولده لانه صار قاضياً دينه بمال الصغير فتلزمه قيمته ولو كان الدين أكثر من خمسين جنيهاً سقط منه بقدر قيمة الرهن لانها أقل من الدين ويضمنها الى ولده ويدفع الزائد الى الدائن وان

كان الدين أربعين جنيهاً فقط سقط كله بهلاك المرهون لان الدين أقل من القيمة فى هذه الحالة

ولا يلزم الدائن دفع الزائد عن الدين الى الراهن لان الزائد امانة وهى لا تضمن الا بالتعدي والموضوع أنه هلك من غير تعديه فلا يضمنه ويلزم الاب أن يعطى لولده قدر الدين لا الزيادة

هذا اذا هلك الرهن من غير تعد من المرتهن فلو كان بتعديه ضمن قيمته بالغة ما بلغت . ويأتى لك زيادة ايضاح لشرح هذه المادة فى شرح مادة (٤٦١) — فانظره فانه نفيس — انظر مادة (٤٢٧)

وبما أن تصرفات الاب فى مال ولده منوطة بالمصلحة فاذا حضر اليه شخص وطلب منه أن يعطيه شيئاً من مال ولده على سبيل القرض الشرعى بان يكون هذا الشىء من المثليات يستهلكه فى حاجاته وعند القدرة يرد عليه مثله فلا يجوز له اعطاؤه شيئاً منه لان فيه تعطيلا للاموال بدون استثمار والاب مأمور بتنمية أموال ولده بقدر الامكان وكما أنه لا يجوز اقراضه لغيره فكذلك لا يجوز له ان يقترضه لنفسه لما ذكر والوصى كالاب

وأما القاضى فيجوز له اقراضه لانه قادر على تخليص مثله فى أى وقت أراد ومع ذلك فليس الجواز بالنسبة اليه مطلقاً بل هو مقيد بما اذا لم يجد شيئاً يشتريه لليتيم بهذا المال ويستغله له ولم يجد من يأخذ هذا المال مضاربة أى

(مادة ٤٢٧) يجوز للاب أن يرهن ماله من ولده وان يرتهن مال ولده من نفسه وله أن يرهن مال ولده بدينه أو بدين نفسه واذا رهنه بدين نفسه فهلك فان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين ضمن الاب قدر الدين دون الزيادة

يتجر فيه ويكون الربح بين المضارب واليتيم على حسب الشرط الذى يتفقان عليه وهو ظاهر لانه اذا لم يمكن استثمار المال بأي طريق فالاحسن اعطاؤه للمحتاج لينتفع به ويكون مضموناً عليه ويرده فى الوقت المناسب وهو الوقت الذى يرى القاضى أخذه فيه لتنميته وهو قادر على ذلك فيملكه

واذا لم يجز للاب اقراض مال ولده فمن باب أولى لا تجوز له هبة شيء منه لان الاول عقد معاوضة انتهاء بخلاف الهبة فانها عقد تبرع وهذا ظاهر اذا كانت الهبة بغير عوض اما اذا كانت بعوض تساوى قيمته الشيء الموهوب أو أقل منها بيسير جاز ذلك لان الهبة فى هذه الحالة عقد معاوضة كما هو ظاهر فتجوز على رأى

ولما كانت الوديعة والعارية ليستا كالقرض والهبة اجازوهما للاب لان الوديعة هى تسليط الغير على حفظ المال ولا ضرر فيها والعارية هى تمليك المنفعة بغير عوض ولكن يشترط فى جوازهما أن لا يخشى ضياع المال ولا اتلافه عند المودع والمستعير ويظهر ان محل جواز اعارة الاب مال ولده اذا لم يجد من يملكه منفعة الشيء فى مقابلة اجرة فان وجد فليس له اعارته كما قالوا فى اقراض القاضى مال اليتيم — انظر مادة (٤٢٨)

وكما انه يجوز للاب ان يبيع ويرهن ويؤجر مال ولده يجوز له أن يقبل نقل دينه من ذمة المدين الى ذمة غيره ويكون ذلك بعقد الحوالة اذ الحوالة هى نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى

(مادة ٤٢٨) لا يملك الاب اقراض مال ولده الصغير ولا اقتراضه ولا هبة شيء منه ولو بعوض وله اعارته حيث لم يخش الضياع ولا التلف

فالشخص المدين يقال له محيل والدائن محال ومن التزم بدفع الدين محال عليه والدين محال به فاذا كان للولد دين على شخص وأحال هذا المدين ابا الولد على شخص آخر ليأخذه منه وقبل الاب صحت هذه الحوالة وبرئت ذمة المحيل من الدين براءة مقيدة بسلامة هذا الدين ولكن على التفصيل الذى سيلقى عليك وبيانه

ان الدين الذى يكون للولد اما أن لا يباشر أبوه عقده بنفسه أو يباشره فان كان الاول كما اذا باعت أم الولد شيئاً من أموالها لشخص بمائة جنيه مثلا ولم تقبض الثمن حتى توفيت وورث ولدها هذا الدين صحت حوالة الاب متى كان المحال عليه أغنى من المحيل لانه فى فائدة الولد . فلو كان أقل منه فى الثروة أو مثله فلا تصح فيطالب المحيل بهذا الدين وليس له أن يحتج بهذا العقد لانه غير صحيح وهذا ظاهر فيما اذا كان المحال عليه أقل ثروة من المحيل لانه ان صح ذلك فربما يعود على الولد بالضرر مع ان تصرفات الاب فى أموال ولده منوطة بالمصلحة . واما اذا كان المحال عليه مثل المحيل فى الثروة فقالوا ان العقد غير صحيح لعدم الفائدة وهذا المقام قابل للبحث اذ ربما يقال أن المحال عليه وان كان مثل المحيل فى الثروة أو دونه الا انه قد لا يماطل فى دفع الحق فتأمل. وان كان الثانى وهو ما اذا كان الاب باشر عقد هذا الدين كما اذا باع شيئاً من أموال ولده لشخص ولم يقبض منه ثمنه فاحاله على غيره فان هذه الحوالة تصح اذا قبل الاب ولو كان المحال عليه أقل ثروة من المحيل لانه لو باع هذا الشيء للمحال عليه من أول الامر لجاز ذلك ويظهر أن صحة الحوالة فى هذه الحالة مقيدة بما اذا كان المحال عليه قادراً على دفع الدين والا كان

معرّضاً الاموال الى الضياع وهو لا يجوز وكل ماتقدم من أحكام هذا العقد بالنسبة الى الاب يقال بالنسبة الى الوصى — انظر مادة (٤٢٩)

ومتى كان للولد مال فلا يلزم أبوه بشىء من لوازمه بل كل ذلك يكون من ماله اما إذا لم يكن له مال فجميع لوازمه على الاب فاذا اشترى له شيئاً فى هذه الحالة ودفع الثمن من ماله وبعد ذلك صار الولد ذا مال فاراد أبوه أن يأخذ منه ثمن ما اشتراه له ففى المقام تفصيل لان الشىء الذى اشتراه له اما أن يكون واجباً عليه كالطعام والكسوة واجرة التعليم واما أن يكون غير واجب كعشرة أفدنة مثلا فان كان الاول فلا رجوع له ولو اشهد انه اشتراه ليرجع بثمنه اذا أيسر ولده لانه قضى شيئاً واجباً عليه فلا يستحق أخذ بدله كالمدين إذا دفع ما عليه

وان كان الثانى فلا يثبت له هذا الحق الا اذا قصد الرجوع وأشهد عليه لأن الغالب من شفقة الوالد تمليك أولاده شيئاً للبر والصلة لا للرجوع فلو انتفى هذا بالاشهاد ثبت له الحق . والوصى فى ذلك كالاب على رأى بعضهم . وقد أتينا بجميع الآراء فى هذا الموضوع ذاكرين المعول عليه فى شرح مادة (٤٦٧) فراجعه — انظر مادة (٤٣٠).

(مادة ٤٢٩) اذا كان للصبي دين لم يباشر أبوه عقده بنفسه فليس له أن يحتال به الا اذا كان المحال عليه أملأ من المحيل لا دونه ولا مثله فان كان أبو الصغير هو الذى باشر عقد الدين بنفسه جاز له أن يقبل الحوالة على من هو مثل المحيل أو دونه فى الملاءة والوصى في ذلك كالاب

(مادة ٤٣٠) اذا اشترى الاب لولده الصغير الفقير شيئاً مما هو واجب عليه فليس له الرجوع وان اشتري له شيئاً مما لا يجب عليه وقصد بذلك الرجوع رجع ان أشهد

والاب ما دام موجوداً فاموال ولده تحت تصرفه اذا لم يكن هناك موجب لنزعها منه وتسليمها لغيره اما اذا مات فتسلم الى من يليه فى الولاية على المال وهو وصيه ان أقام وصياً والا فالجد الصحيح ان كان موجوداً فان لم يكن فالقاضى ووصيه . ثم الاب إما أن يبين أموال ولده قبل وفاته أو يموت مجهلا لها فان كان الاول بأن بين كل ما يستحقه ولده عنده من نقود وغيرها فاما أن توجد كل الاشياء أولا فان وجدت استلمها ولى الصغير بعينها ليسلمها للصغير بعد بلوغ رشده وان لم توجد أخذ بدلها من تركته قبل القسمة على الورثة . وان كان الثانى وهو ما اذا جهلها فالاشياء التى توجد وهى معروفة أنها للصغير يستحقها والتى لم توجد لا تكون مضمونة فى تركة الاب

ولينظر هذا مع قولهم أن الاب أمين بالنسبة لمال ولده والامين يضمن بموته مجهلا الامانة كما اذا أودع شخص عند غيره شيئاً ومات المودع غير مبين الوديعة ولم توجد فى تركته أو استأجر شخص من آخر شيئاً أو استعار ومات كل منهما مجهلا المستأجر والمستعار ولم يوجدا فى أمواله فان هذه الاشياء تكون مضمونة فى تركة المودع والمستأجر والمستعير فيؤخذ البدل من التركة قبل القسمة على الورثة لان قضاء الدين مقدم على استحقاق الورثة اللهم الا أن يجاب بان الاب وان اشترك مع من ذكروا فى أن كلا أمين ولكن هناك فرق بينه وبينهم وهو أن الاب له ولاية التصرف فى أموال الصغير بخلاف من ذكر فيحمل على أنه تصرف فى الاشياء التى لم توجد وضاع الثمن أو اتجر وخسر فى التجارة مثلا . ولم أر

من قال بضمانه فى هذه الحالة — انظر مادة (٤٣١)

وبما أن أموال الاولاد تحت يد الأب فهو الذى يتصرف فيها بما يراه صالحاً لهم الى أن يبلغوا رشدهم فاذا كبروا وصاروا محسنين للتصرف سلمت اليهم الاموال لان المانع قد زال ولكن لما كانت الاموال المملوكة لهم لا تبقى بحالة واحدة بل قد تزيد أو تنقص احتيج الى المحاسبة عليها ليستلموها على ما هى عليه الآن بقطع النظر عما طرأ عليها من النقص أو الزيادة لانه قائم مقامهم وكل شىء يدعيه الاب حال المحاسبة يحسب من مالهم ان صدقوه لان الاموال ملكهم فلهم ان يقروا على ما يدعيه وان نازعوه فيما يدعيه بأن قال صرفت عليهم فى مدة صغرهم خمسمائة جنيه مثلا وعارضوه فى ذلك فان كان الظاهر لا يكذبه بأن كانت المدة تحتمل صرف هذا المبلغ صدق قوله بيمينه وان كان الظاهر يكذبه كما اذا كان المبلغ الذى يدعى صرفه يزيد عن لوازمهم فى تلك المدة فان ادعى سبباً مقبولاً كأن قال اشتريت لهم طعاماً فسرق أو كسوة فاحترقت فاشتريت لهم بدل ما ذكر صدق أيضاً ان لم يدع تكرار ذلك مراراً . أما اذا لم يبين سبباً فلا يصدق بل تحسب نفقة المثل ويلزم بدفع الباقى ومثل هذا لو ادعى ضياعه فانه يصدق بيمينه ويظهر ان هذا لا بد ان يكون بعد تحرى القاضى — أنظر مادة (٤٣٢)

(مادة ٤٣١) اذا مات الاب مجهلا مال ولده فلا يضمن منه شيأ وان مات غير مجهل ماله وكان المال موجوداً فله بعد رشده أو لوليه أخذه بعينه وان لم يكن موجوداً أخذ بدله من تركته

(مادة ٤٣٢) اذا بلغ الولد وطلب ماله من أبيه فادعى أبوه ضياعه أو انفاقه عليه نفقة المثل فى مدة صغره والمدة تحتمله يصدق الاب بيمينه

وكما ان الأب يملك بيع مال ولده الصغير والكبير الملحق به لانمائه سواء كان عقاراً أو منقولاً يجوز له بيعه متى كان هنالك احتياج للنفقة سواء كان المحتاج هو الاب أو أم الصغير أو زوجة الاب أو الصغير أو اطفال الاب لما له من الولاية . ويظهر ان الجد متى ثبتت له الولاية ملك ما ملكه الاب ولكن لا يبيع كل منهما منه الا بمقدار النفقة ويتجدد هذا الحق كلما تجدد الاحتياج وأما غيرهما من الاقارب كالام والاخ والعم فليس لهم ذلك لانه لا ولاية لهم على المال وهذا اذا كان الابن صغيراً أو كبيراً ملحقاً به كما سبق فان كان كبيراً عاقلاً فاما ان يكون حاضراً أو غائباً فان كان الاول فلا يملكان بيع ماله لان ولاية التصرف له فهو الذى يبيع وينفق عليهم . وان كان الثانى قال الامام الاعظم يملك الاب بيع العروض للنفقة لا العقار وقال الصاحبان لا يملك بيع شيء من ماله لان ولاية الاب زالت ببلوغ الولد رشيداً الا فيما يبيعه تحصيناً كالوصى وليس فى بيعه فى هذه الحالة تحصين ولهذا لا يملكه حال حضرته ولا يملك بيعه فى دين له عليه سوى النفقة فصار كالام وغيرها من مستحقى النفقة واستدل أبو حنيفة بأن للاب ولاية الحفظ فى مال ولده الغائب كالوصى بل أولى لان الوصى يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيدها منه وبيع المنقول من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف ثم اذا باع العروض صار الثمن من جنس حقه فله أن ينفق منه بخلاف غيره من الاقارب لانه ليس لهم ولاية الحفظ فى ماله وبخلاف حال حضرته لان ولاية الحفظ له لا للاب لقدرته عليه . واتفق الكل على ان الاب لو كان له دين سوى النفقة على ولده الغائب لم يجز له بيع ماله ليستوفى هذا الدين من ثمنه

لان دين النفقة ليس كباقى الديون اذ يترتب على عدمها الهلاك ولذا نصوا على انه لا يحبس والد وان علا فى دين عليه لفرعه الا اذا كان دين نفقة — أنظر مادة (٤٣٣)

والولاية تنقسم الى قسمين ولاية على النفس وولاية على المال أما الاولى فتثبت أولا للبنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة فان وجد شخصان من جهة واحدة كالاب والجد الصحيح قدم الاقرب فان اتحد شخصان فى الجهة والدرجة كالاخ الشقيق مع الاخ لاب قدم الاقوى وهو الشقيق فان اتحد شخصان فى الجهة والدرجة والقوة كابنين أو أخوين شقيقين ثبتت الولاية لكل منهما وقد تقدم هذا المقام بما لا مزيد عليه فى شرح مادة (٣٥) وما بعدها فراجعه .

وأما الثانية فهى المقصودة هنا وهى تثبت لستة على هذا الترتيب الاب ووصيه وان بعد والجد الصحيح ووصيه وان بعد أيضاً والقاضى ووصيه فمتى كان الاب موجوداً وكان أهلا للولاية فهو أحق بالولاية على أموال ولده لوفور شفقته وأصالة رأيه . فاذا مات الاب وأقام وصياً مستوفياً للشروط سواء كان قريباً للاب أو غير قريب له فهو الذى يتصرف ولا يزاحمه غيره ولو كان ذلك الغير جداً للاولاد فاذا لم يوص الاب الى أحد وكان له أب

(مادة ٤٣٣) يملك الاب لا الام ولا غيرها من سائر الاقارب ولا القاضى بيع عروض ابنه الكبير الغائب لا عقاره وله بيع عروض وعقار ابنه الصغير الغائب وغير المكلف لنفقته ونفقة أمه وزوجته وأطفاله وليس للاب أن يبيع مال ولده الغائب صغيراً كان أو كبيراً فى دين له عليه سوى النفقة ولا يبيع أكثر من مقدار النفقة

يمكنه ان يقوم بشؤون التركة فالولاية له فان لم يكن له أب انتقلت الولاية الى القاضى ان شاء تصرف بنفسه وان شاء أقام وصياً وهذا هو الجارى لان القاضى لا يمكنه ان يتولى ادارة جميع أموال الايتام وقال الامام الشافعى الجد أحق من وصى الاب لان الشرع أقامه مقام الاب عند عدمه ولهذا أحرز ميراثه فيقدم على وصيه ولنا ان ولاية الاب تنتقل الى وصيه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه ولان اختيار الاب الوصى مع علمه بوجود الجد يدل على أن تصرفه أنظر لاولاده من تصرف الجد — أنظر مادة (٤٣٤)

(مادة ٤٣٤) اذا مات الاب فالولاية من بعده على نفس أولاده للجد وعند فقده للاولياء المذكورين فى مادة (٣٥) والولاية فى مالهم من بعده للوصى الذى اختاره وان لم يكن قريباً له ثم الى وصى وصيه فان مات الاب ولم يوص فالولاية فى مال الصغار والكبار الملحقين بهم الى الجد الصحيح ثم لوصيه ثم لوصى وصيه فان لم يكن الجد ولا وصيه فالولاية للقاضى العام



الكتاب الخامس

(فى الوصى والحجر والهبة والوصية)

(الباب الاول فى الوصى وتصرفاته)

الفصل الأول

فى اقامة الوصى

اعلم أن الشخص اذا أقام غيره مقامه لينظر فى شؤون تركته وأولاده بعد وفاته يقال للشخص المقام موصى اليه واذا ملك شخصا شيئاً من أمواله بعد وفاته يقال للمملك موصى له وهذا اصطلاح للفقهاء وإن ملك التصرف لشخص حال حياته سمى وكيلا ولا كلام لنا فى اقامة الوكيل ولا تصرفاته بل موضوعنا خاص بالوصى

فالوصى على العموم هو الشخص الذى أقامه غيره مقامه ليتصرف فى تركته بعد وفاته او اقامه القاضى اذا كانت هناك داعية اليه فيؤخذ من هذا التعريف ان الوصى ينقسم الى قسمين الاول من أقامه الشخص حال حياته الثانى من أقامه القاضى فالاول يسمى وصياً مختاراً والثانى يسمى وصى القاضى

الوصى المختار

اذا أقام شخص وصياً فهذا الشخص المقام لايخلو حاله من أحد أمور ثلاثة اما أن يقبل فى حياة الموصى واما أن يردو اما أن يسكت فان كان الاول وعلم الموصى بقبوله واستمر على هذا القبول حتى مات الموصى لزمته هذه

الوصاية فليس له أن يخرج نفسه منها بعد موت الموصى الا اذا كان هناك شرط يجوّز ذلك كما اذا اقامه وصياً على أن يخرج نفسه منهامتى شاء أو قبل هو بهذا الشرط ورضى به الموصى

والسبب فى ذلك أنه إذا قبل فى حياة الموصى واستمر على هذا القبول الى موته فقد فارق الموصى الحياة الدنيا وهو معتمد عليه فليس له أن يخرج نفسه بعد موته للتغرير به وبورثته ولكن لو كان هناك شرط يبيح له ذلك فلا يكون التغرير حاصلاً لعلم الموصى بأن اخراجه نفسه فى أى وقت أراد جائز بمقتضى الشرط فكان يمكنه اقامة غيره اقامة خالية عن هذا الشرط . ولما ذكر لو قبل الموصى له الوصية فى حياة الموصى ثم ردها بعد موته يصح رده لانتفاء التغرير اذ أن النفع بالوصية عائد اليه بخلاف ما معنا فان النفع عائد لغيره — انظر مادة (٤٣٥) (وتأمل)

وان كان الثانى وهو ما اذا رد الوصى الوصاية فى حياة الموصى فاما أن يكون هذا الرد بغير علم الموصى أو بعلمه فان كان الرد بغير علم الموصى بعد ما قبل بعلمه فلا يصح بل يكون الموصى اليه ملزماً بتأدية وظيفته بعد موت الموصى للتغرير من جهة الوصى اذ كان يلزمه والحالة هذه أن يخبر الموصى بأنه رجع عن قبول الوصاية فيختار من يثق به من الاصدقاء الامناء فيعينه وصياً (انظر وتأمل)

وان كان الرد بعلم الموصى صح فلا يلزم بالوصاية بعد موت الموصى لانتفاء

(مادة ٤٣٥) من أوصى اليه فقبل الوصاية فى حياة الموصى لزمته وليس له الخروج عنها بعد موت الموصي ما لم يكن جعله وصياً على أن يخرج نفسه منها متى شاء

التغرير اذ يمكنه والحالة هذه أن يوصى الى غيره وليس للوصى فى هذه الحالة أن يقبل بعد موت الموصى لانه بالرد لم يبق للايجاب أثر فلا يصح ترتب القبول على شىء غير موجود — انظر مادتى (٤٣٦ و ٤٣٧)

وإن كان الثالث وهو ما اذا سكت الموصى اليه بأن لم يصرح بالقبول ولا عدمه يكون مخيراً بعد موت الموصى بين أمرين الاول ان يقبل الوصاية وحينئذ تجرى عليه أحكامها الثانى أن يردها وحينئذ لا يلزم بشىء لان التغرير والحالة هذه يكون منتفياً اذ كان فى امكان الموصى قبل وفاته ان يتثبت من الموصى اليه بأخذ رأيه فى القبول أو عدمه

فاذا لم يفعل واعتمد على أن يقبله بعد موته ولم يوص الى غيره فقد قصر فى أمره فصار مغتراً من جهته لا مغروراً من جهة الوصى فان قبل الوصى بعد ما رد فى هذه الحالة صح هذا القبول ان لم يكن القاضى أخرجه حين قال لا أقبل لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان فيه ضرراً بالميت فاذا انضم اخراج القاضى له لعدم قبوله بطل الايصاء فلا يصح القبول وهذا هو المعول عليه — انظر مادة (٤٣٨)

واقامة الوصى لا تتقيد بلفظ مخصوص بل يصح هذا التفويض بكل

(مادة ٤٣٦) من أوصى اليه فرد الوصاية في حياة الموصى فان ردها بعلمه صح الرد وان ردها بغير علمه لا يصح

(مادة ٤٣٧) من أوصى اليه فلم يقبل الوصاية فى حياة الموصى بل ردها بعلمه ثم قبل بعد موته لا يصح قبوله

(مادة ٤٣٨) من أوصى اليه فسكت ولم يصرح بالقبول وعدمه فمات الموصى فله الخيار ان شاء رد الوصاية وان شاء قبلها

لفظ يدل على أن الشخص فوض لغيره النظر فى شؤون تركته واولاده بعد وفاته كأنت وكيلى بعد موتى . أنت وصيي . اسلمت اليك الاولاد بعد موتى . تعهد اولادى بعد وفاتى . قم بلوازمهم بعدموتى. وهكذامن الالفاظ التى تفيد هذا التفويض وكما أنه لا يشترط فى الايجاب لفظ مخصوص كذلك لا يشترط فى القبول لفظ مخصوص بل الشرط ان يأتى الموصى اليه بلفظ يدل على قبوله ما فوّض اليه لان العبرة بالمعانى لا بالالفاظ بل اللفظ غير شرط اذ قبول الوصاية دلالة كقبولها صراحة — فاذا أقام شخص غيره مقامه وسكت هذا المقام حتى مات المقيم فباع شيئاً من تركته أو اشترى للورثة شيئاً من لوازمهم اوقضى ديناً على الميت من تركته أوأخذديناً كان للميت عند غيره كان هذا التصرف رضا بالوصاية فيعتبر وصياً بأحد هذه التصرفات أو غيرها مما يدل على رضاه بها وقد نص الفقهاء على أن الوصاية تلزم الوصى بتصرفه فى التركة وان لم يعلم بالايصاء بخلاف الوكيل حيث لا يكون وكيلا من غير علم لان التوكيل انابة فى حال قيام ولاية الموكل وهذا لا يصح من غير علم اما الايصاء فبخلافه لانه مختص بحال انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كالوراثة كذا قالوا فتأمل

فقد ظهر لك مما تقدم أن الموصى اليه مخير فى أول الامر بين القبول والرد لانه متبرع فى الاعمال التى يتولاها ويلحقه ضرر العهدة فلا بد من قبوله اذ الموصى ليس له ولاية الزامه ليتصرف ولا الزام بلا التزام — أنظر مادة (٤٣٩)

(مادة ٤٣٩) قبول لوصاية دلالة كقبولها صراحة فاذا تصرف الموصى اليه ببيع

واقامة الوصي اما أن تكون غير مقيدة بشيء مخصوص أو مقيدة فان كان الاول كما اذا قال له أقمتك وصياً في جميع شؤون التركة أو اقمتك وصياً أو أنت وصي فلا خلاف في أنه يتصرف في جميع أموال التركة بما يخوله حق الايصاء له .

وان كان الثاني بأن أقامه وصياً ليتصرف في مال مخصوص او ليتولى اجارة الاموال أو الزراعة أو التجارة له فاما أن يكون المقيم هو القاضي أو الاب فان كان الاول فلاخلاف في أنه يتخصص بما خصص به فاذا أقام القاضي وصياً ليقضي دين الميت أو يقتضيه أى يأخذ دين الميت الذى على الغير أو جعله وصياً في ماله بمصر مثلا تخصص هذا المأمور بما أمر به فليس له ان يتعداه الى غيره وان كان الثاني وهو الوصي المختار فقال أبو حنيفة لا يتخصص بل يكون وصياً عاماً فاذا قيده بشيء مما ذكر فلا يتقيد وقال أبو يوسف يتخصص الوصي المختار كوصي القاضي

وقالوا في الفرق بينهما على قول أبي حنيفة ان تنصيب القاضي من ولاه قضاء والقضاء قابل للتخصيص ووصي الاب لا يقبله لقيامه مقامه أو لان وصي القاضي كالوكيل فيتخصص بخلاف وصي الاب

وبالتأمل نجد أن في النفس شيئاً من هذا الفرق بل الظاهر التسوية بينهما كما قال أبو يوسف اذ مبنى هذا الفرق على ما يظهر من قولهم لقيامه مقامه ان وصي القاضي لو تصرف فيما أمر به يتصرف القاضي في الباقي

شيء من تركة الموصي أو بشراء شيء يصلح للورثة أو بقضاء دين أو اقتضائه كان تصرفه قبولا للوصاية وصحيحاً

أو يقيم غيره للتصرف فيه بخلاف وصى الميت فان الموصى غير موجود حتى يتصرف فيما لم يوص اليه بالتصرف فيه لان الموصى رضيه متصرفاً فى بعض الامور ولم يرض بتصرف غيره فى شىء أصلا فيكون من رضى بتصرفه فى البعض أولى من غيره ولكن لم لا يقال أن القاضى يتصرف فى الباقى أو يأمر غيره بالتصرف فيه إذ الموصى قد يكون له غرض صحيح مسلم لا يقبل النقض لان الناس يختلفون فى التصرفات إذ بعضهم قد يكون له دارية بمعرفة شىء ولا يدرى فى غيره كالتاجر والمزارع فيكون الموصى قد أقام هذا فيما يصلح له وأراد اختيار غيره للشىء الآخر فادركته منيته قبل الاختيار هذا اذا كان المقام وصيا واحداً فان أقام وصيين كل منهما فى شىء مخصص يكون قد أقام كلا فيما يعرفه فاذا اطلقنا للموصى اليه بشىء مخصص التصرف فى جميع شؤون التركة فات غرض الموصى وربما يجاب عما ورد على التعليل الذى قالوه للفرق عند الامام الاعظم بأنه اذا أقام وصيين كل منهما فى شىء مخصوص فليس لأحدهما أن يتصرف الا بملاحظة الآخر وأخذ رأيه كما هو رأى الامام وحينئذ لا يفوت غرض الموصى ولكن هذا لا يصلح جواباً فيما لو أقام وصياً واحداً فى شىء مخصوص ولذا كان الظاهر قول أبى يوسف وان كان بعض الكتب يقول الفتوى على قول الامام — أنظر مادة (٤٤٠)

(مادة ٤٤٠) وصى الميت لا يقبل التخصيص فاذا أوصى اليه فى نوع خاص صار وصياً عاماً وكذلك لو أوصى الى أحد بقضاء دينه والى آخر باقتضائه فهما وصيان عامان فى كل ماله

ولما كان للشخص أن يتصرف فى ماله حال حياته كان له أن يعطى هذا الحق لغيره بعد وفاته ممن أراد ما دامت الشروط متوفرة فيه فلا يلزم باقامة شخص مخصوص بل له أن يقيم زوجته وصية على أولاده سواء كانوا منها أو من غيرها وسواء كان هذا المقام وارثاً أو غير وارث فاذا كان للموصى اخ شقيق أو لاب وله ابن واقام أخاه وصياً صح هذا الايصاء وان كان الاخ فى هذه الحالة غير وارث لانه محجوب بابن الموصى واذا كانت له بنت والمسئلة بحالها صح الايصاء ايضاً والاخ فى هـذه الحالة وارث لان البنت تأخذ النصف بطريق الفرض والاخ يأخذ الباقى بطريق التعصيب ومثل ذلك ما اذا كانت له أولاد وفيهم صغار وكبار فأقام احد الكبار وصياً على الصغار فانه يصح وهو وارث معهم

والوصى هو الذى يتصرف فى التركة بدون مراقبة أحد عليه الامن له الولاية العامة وهذا اذا لم يقم الموصى ناظراً مع الوصى فان فعل كان له حق المراقبـة فليس للوصى ان يتصرف فى التركة الا باطلاع الناظر ورأيه — انظر مادة (٤٤١)

ومتى اقام الاب وصياً فهو الذى يتصرف ولا يزاحمه غيره ولو كان ذلك الغير جداً للاولاد أى يكون أبا للميت اذ ولاية التصرف للجد فى مال أولاد ابنه مؤخرة عن ولاية وصى الاب — فاذا لم يوص الاب الى احد وكان له أب يمكنه أن يقوم بشؤون التركة بأن كانت شروط الولاية متوفرة فيه فالولاية

(مادة ٤٤١) تجوز الوصاية الي الزوجة والام وغيرهما من النساء والى أحد الورثة أو غيرهم ويجوز جعل الام أو غيرها مشرفة أى ناظرة على أولاده مع وجود الوصى

له ولا مراقبة لاحد عليه الا ممن له الولاية العامة لان الولاية على أموال الصغار تثبت أولا للاب ثم وصيه ثم وصى وصيه وان بعد ثم الجد الصحيح ثم وصيه الخ ثم القاضى ووصيه

وقد تقدم لنا قريبا فى شرح مادة (٤٣٤) نقل مذهب الشافعى ودليله فى تقديم الجد على وصى الاب وعارضناه بدليلنا — انظر مادة (٤٤٢)

ويشترط فى الوصى شروط ستة لا بد من وجودها وهى الاسلام والحرية والعقل والامانة وحسن التصرف والبلوغ لان الايصاء الى الغير انما يجوز شرعاً ليتم به نظر الموصى لنفسه ولاولاده وبالايصاء الى من لم تكن متوفرة فيه هذه الشروط لا يتم هذا النظر

وبيانه أن الايصاء لغير المسلم مخالف لقوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) ولا شك فى أن الايصاء من باب التولية والشارع حكيم يضع الاشياء فى محلها والايصاء لغير الحر مضر بالورثة أو فيه قلب للمشروع لانه اما أن يكون مملوكا لغير الموصى اوله فان كان الاول فلاشتغاله بخدمة مولاه لا يتمكن من مراعاة صالح الورثة وان كان الثانى ففيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب للمشروع وما ذكر فى الثانى على عمومه قول الصاحبين ولكن فرق أبو حنيفة بين ما اذا كانت الورثة كباراً أو صغاراً فوافقهما فى الاول لا

(مادة ٤٤٢) وصى أبى الصغير أولى من الجد فاذا أقام الرجل زوجته أو غيرها وصياً من بعده على ولده الصغير ومات مصراً على ذلك فليس للجد حق فى الولاية على مال الصغير فاذا مات أبو الصغير ولم يوص الى أحد وللصغير جد صحيح قادر أمين فالولاية له

الثانى مستدلاً بأن الرقيق مكلف مستقل بالتصرف وليس لا حد عليه ولاية لأن الصغار وان كانوا ملاكا له لكن لما أقامه أبوهم مقام نفسه صار مستقلا بالتصرف مثله بلا ولاية منع لهم بخلاف الكبار فان لهم ولاية المنع وقد يقال على هذا اذا لم يكن للورثة الصغار ولاية المنع فللقاضى ان يبيعه فيتحقق المنع والجواب عن ذلك انه اذا ثبت الايصاء فلا تثبت ولاية المنع للقاضى -- وفى الايصاء لغير العاقل ضرر بالورثة لعدم اهتدائه الى التصرف النافع لهم — وفى الايصاء لغير البالغ عدم مراعاة صالح الورثة أيضاً لقصور نظره فى التصرف النافع لهم ولان فى الايصاء للخائن وللذى لا يحسن التصرف فى المال ضياع حق الورثة . ولانه لا ولاية للمملوك والصغير وغير العاقل ومن لا يحسن التصرف فى ماله على نفسهم فاولى ان لا تكون لهم الولاية فى مال غيرهم

فان كان الوصى متصفاً بكل هذه الاوصاف فبها وان فقد واحدا منها بان أوصى الى صغير أو خائن أو مبذر فى المال بدلهم القاضى بغيرهم لانه نصب ناظراً لمصالح العامة ومصلحة الورثة تقتضى تولية من يصلح حتى لو انتفت الموانع المذكورة بأن بلغ الصغير وزال وصف الخيانة وارتفعت صفة التبذير فحصل الرشد لم يتعرض لهم القاضى — أنظر مادة (٤٤٣)

وبما أن الوصى لم يستفد هذه الولاية الا من قبل الموصى فللموصى عزله من الوصاية واخراجه عنها فى أى وقت شاء سواء كان قبل قبوله أو بعده وسواء كان الوصى حاضراً أو غائباً وان لم يعلم وهذا قول الامام الاعظم

(مادة ٤٤٣) يكون الوصى مسلماً حراً عاقلا بالغاً أميناً حسن التصرف فاذا أوصى الميت لغير ذلك فالقاضى يعزله ويستبدله

وقال أبو يوسف يبقى الوصى وصياً فتنفذ جميع تصرفاته الا اذا علم بالعزل وينبنى على هذا الخلاف ان الموصى اذا عزل الوصى حال غيبته ثم مات ولم يعلم الوصى بذلك وتصرف قبل علمه فهذه التصرفات تكون غير نافذة على قول الامام وتنفذ على قول أبي يوسف وبالتأمل نجد ان قول أبي يوسف هو الظاهر لانه يترتب على قول الامام ان الوصى ينعزل وان لم يعلم كما استظهره ابن عابدين من العبارة وفي ذلك من التغرير بالغير ما لا يخفى اذ الناس عرفوه وصياً وهو عرف نفسه كذلك ولم يحصل لديه ما ينفى هذا الوصف فاذا تصرف بمقتضى هذه الوصاية قبل علمه بالعزل كان هذا التصرف غير نافذ على قول الامام فيتضرر هو ومن تعامل معه وهذا غير حاصل على قول أبي يوسف لنفاذ تصرفه قبل علمه بالعزل — أنظر مادة (٤٤٤)

والاوصياء ثلاثة الاول عدل كاف والثانى عدل غير كاف والثالث فاسق يخاف منه على المال

فان كان الوصى الذى اختاره الشخص قبل وفاته عدلا كافياً بأن كان قادراً على القيام بالوصاية فليس للقاضى عزله فان عزله قال بعضهم ينعزل ويكون القاضى جائراً لان للقاضى سطوة يد وولاية شاملة على الكافة خصوصاً على مال الميت والصغار فيكون عزل القاضى كعزل الميت لو كان حياً — وقال بعضهم لا ينعزل لانه متى كان متصفاً بما ذكر يكون فى ابقائه مراعاة الحقين حق الموصى وحق الورثة وهو الغرض من الايصاء الشرعى واختلفت عبارتهم

(مادة ٤٤٤) يجوز للموصي أن يعزل الوصي من الوصاية ويخرجه عنها بعد قبوله ولو فى غيبته

فى المختار من هذين القولين والظاهر الثانى لأن سطوة القاضى وولايته لا يستعملها فى الجور

وان كان عدلا غير كاف بأن كان مأمونا على الاموال ولكن لا يمكنه القيام بجميع شؤون التركة وحده فلا يعزله القاضى أيضاً بل يضم اليه غيره فابقاؤه لاعتماد الموصى عليه لامانته وصيانته وضم غيره اليه ليزول ضرر عدم كفايته ففى هذه الطريقة مراعاة الحقين ولكن لا بد أن يكون عاجزاً عن القيام بجميع شؤون التركة حقيقة بأن يثبت .ذلك بالبينة لا بمجرد اخباره لانه قد يخبر بذلك تخفيفاً على نفسه فلو ضم اليه غيره فى هذه الحالة كان فيه اضرار بالورثة لزيادة الاجر عليهم اللهم الا اذا وجد متبرع وأين هو . ولا يقال ذلك عند اقامة البينة بل يكون الضرر فى عدم ضم غيره اليه — فان كان عدلا ولكن لا يمكنه ان يقوم بشىء من شؤون التركة أصلا استبدله القاضى بغيره لان المصلحة فى ذلك فان عادت قدرته على القيام بالاعمال اعاده وصياً مراعاة لحق الميت والورثة

وان كان الوصى الذى اختاره الميت فاسقاً ويخاف منه على المال عزله القاضى ونصب آخر بدله لان فى ابقائه على الوصية اضراراً بالورثة والميت لا يقدر على عزله فيقوم القاضى مقامه لانه نصب ناظراً لمصالح العامة

فان استمر وصف العدالة بالنسبة للوصى فلا يعزله القاضى ولو اشتكى منه بعض الورثة الا أن يتثبت القاضى من صحة الشكوى وتظهر خيانته وحينئذ يكون له عزله لانه استفاد الولاية من الميت وحيث ظهرت الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها فليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها

ولو كان الوصي حياً لاخرجه منها فينوب القاضي منامه عنـد عجزه ويقيم غيره مقامه كأن الميت مات ولم يقم وصياً – أنظر مادة (٤٤٥)

وصى القاضى

فقد بان لك من هذا انه اذا أقام الأب وصياً متوفرة فيه الشروط ولم يظهر عليه ما يوجب عزله فهو الذى له الولاية على أموال الصغار فان مات الأب ولم يقم وصياً فان كان له أب متوفرة فيه الشروط ثبتت له الولاية فان لم يكن الأب وهو جد الاولاد موجوداً أو كان ولكنه غير أهل للولاية انتقلت الى القاضى فله ان يتصرف بنفسه فى أموال الصغار وله أن يقيم وصياً لانه نصب ناظراً للمصالح الدينية والدنيوية ولا شك ان مصلحة الصغار فى اقامة شخص ينظر فى شؤونهم لانهم لقصر عقولهم لا يهتدون الى ما فيـه صلاح أحوالهم وهذا الشخص يسمى وصى القاضى

وبما ان اقامة القاضى وصياً منوطة بالاحتياج للمصلحة فليس له ان يقيم وصياً فى كل وقت بل عند تحقق الحاجة سواء مات الاب ولم يقم وصياً أو كان موجوداً ولكنه غير صالح للولاية فله أن يقيم وصياً فى المسائل الآتية:

أولاً — اذا كان على الميت دين ولم يوجـد وارث يخاصمه الدائن فى اثبات دينه وأخذه منه لانه لو لم يقم القاضى وصياً لتضرر الدائن

(مادة ٤٤٥) اذا كان الوصى الذى اختاره الميت عدلا قادراً على القيام بالوصاية فليس للقاضى عزله وان كان عاجزاً عن القيام بها حقيقة يضم اليه غيره وان ظهر للقاضى عجزه أصلا يستبدله وان قدر بعد ذلك يعيده وصياً كما كان . ولا يعزل الوصي بمجرد شكاية الورثة منه أو بعضهم وانما يعزل اذا ظهرت خيانته

ثانياً — اذا كان للميت دين على شخص ولم يوجد وارث يخاصم المدين ليثبت الدين ويستوفيه لأنه لو لم يقم وصياً لتضرر مستحق التركة

ثالثاً — اذا أوصى الميت بشيء من أمواله لشخص ولم يجد الموصى له وارثاً يثبت الوصية فى وجهه اذ بعدم اقامة وصى يتضرر الموصى له فلو كان هناك وارث صالح للمخاصمة فى جميع هذه المسائل فلا حاجة إلى اقامة الوصى .

رابعاً — اذا كان فى الورثة صغير فيقيم القاضى وصياً يقوم مقامه مع الورثة الكبار ومن باب أولى ما اذا كانت كل الورثة صغاراً

خامساً — اذا كان للصغير مال ورثه عن أمه مثلا وله أب ولكنه غير أهل للولاية بان كان مسرفا مبذراً للمال مثلا لان مصلحة الصغير فى اقامة شخص لحفظ أمواله من الضياع

سادساً — اذا غاب أبو الصغير غيبة منقطعة بان لم يعرف مكانه ولا حياته ولا وفاته واحتيج إلى اثبات حق من الحقوق أو حفظ الاموال لان المصلحة فى اقامة الوصى .

سابعاً — اذا كانت التركة مديونة وكانت الورثة كباراً وأمروا ببيع شيء من التركة لقضاء الدين أو بتسديده من مالهم فلم يمتثلوا لانه لو لم يخول هذا الحق للقاضى فى هذه الحالة لتضرر الدائنون — انظر مادة (٤٤٦)

(مادة ٤٤٦) اذا لم يكن للميت وصى مختار وكان عليه أو له دين أو فى تركته وصية ولم يوجد وارث لاثبات ذلك وايفائه الدين واستيفائه وتنفيذ الوصية أوكان أحد الورثة صغيراً فللحاكم ان ينصب وصياً . وله ذلك أيضا اذا كان أبو الصغير مسرفا مبذراً

وقد نص الفقهاء على أن القاضى له أن يقيم شخصاً مقام غيره فى مسائل وذلك عند تحقق الحاجة لدفع الضرر . فمن هذه المسائل ما اذا كان شخص مديناً لآخر فطالبه بالدين فحلف له أن يعطيه هذا المبلغ فى الوقت الفلانى وجاءه به فى الوقت المعين فاختفى الدائن ليوقع عليه اليمين لان فى عدم اقامة الغير اضراراً بالمدين لوقوع اليمين عليه

ومنها ما لو كان شخص مديناً فطالبه الدائن بالدين فضمن شخص آخر احضاره له فى وقت معين وشرط انه ان لم يحضره اليه فيه يكون ملزماً بدفع الدين ثم أحضره فى الوقت المتفق عليه فاختفى الدائن حتى يفوت الوقت لانه لولم يقم الغير لتضرر الكفيل بالنفس لالزامه بالدين المعلق على عدم التسليم فى الوقت المعين

ومنها ما لو كان المدعى عليه أخرس أصم ولا ولى له

ومنها ما لو اسلمت زوجة المجنون الكافر ولا أب له ولا أم ليقضى عليه بالفرقة لانه لولم يقم شخصاً عنه لتضررت الزوجة التى أسلمت بانتظارها وقتاً غير معلوم لشفاء زوجها المجنون

ومنها ما لو ادعى الوصى ديناً على الميت فينصب القاضى وصياً فى مقدار هذا الدين ليخاصمه الوصى فى اثباته

والفروع التى من هذا القبيل كثيرة لا يمكن حصرها ولكن متى عرفنا السبب فى ذلك وهو تحقق الحاجة لدفع الضرر استغنينا عن سردها

لماله أو احتيج الى اثبات حق صغير أبوه غائب غيبة منقطعة أو تعنتت الورثة فى بيع التركة لقضاء ما عليها من الديون

فقد بان لك أنه متى أقام الاب وصياً واحداً وكان مستوفياً لكل الشروط وقادراً على القيام بجميع شؤون التركة فهو الذى يتصرف ولا يزاحمه غيره اتفاقا فتكون جميع تصرفاته الموافقة للشرع نافذة بلا توقف على اجازة غيره واما اذا أقام وصيين أو اختارهما قاض واحد فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة . الاول أن ينص الموصى على الانفراد بان يقول أقمتكما وصيين ولكل منكما أن ينفرد بالتصرف . الثانى أن ينص على الاجتماع بان يقول أقمتكما وصيين ولا يتصرف أحدكما وحده . الثالث أن يطلق بان يقول أقمتكما وصيين فان كان الاول أو الثانى اتبع ما نص عليه . وان كان الثالث فقال أبو يوسف ينفرد أحدهما بالتصرف وقال الامام الاعظم ومحمد لا ينفرد .

وينبنى على هذا أنه اذا تصرف أحدهما بدون أخذ رأى الآخر كان تصرفه نافذاً عند أبى يوسف وموقوفاً عندهما فان أجازه الوصى الآخر نفذ وان رده بطل . والمختار أن هذا الخلاف جار بينهم سواء كان ايصاؤه لهما بعقد واحد كما اذا قال لهما أقمتكما وصيين أو بعقدين كما اذا قال لواحد قم بلوازم أولادى بعد موتى وقال لآخر بعد ذلك أقمتك وصياً وقال بعضهم الخلاف بينهم فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع وقال بعضهم الخلاف انما هو فيما اذا اوصى اليهما بعقد واحد وأما اذا أوصى إلى كل منهما بعقد على حدته فينفرد أحدهما بالتصرف بالاجماع . واختلفت عبارات الفقهاء فى الارجح من هذه الاقوال والظاهر من كلامهم الاول . واستدل أبو يوسف بان الايصاء من باب الولاية وهى اذا ثبتت لاثنين شرعاً ثبتت كاملة لكل واحد على الانفراد كالاخوين فى مسئلة

الزواج فان لكل منهما الانفراد بالتزويج اتفاقا وسبب ذلك أن الايصاء خلافة وانما تحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذى كان ثابتاً للموصى وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب أو الجد لهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما . واستدل ابو حنيفة ومحمد بان الولاية ثبتت عند الموت فيراعى وصف ذلك وهو وصف الاجتماع لانه شرط مفيد اذ رأى الواحد لا يكون كرأى الاثنين ولم يرض الموصى الا باثنين فصار كل واحد فى هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به الحكم فكان باطلا بخلاف الاخوين فى النكاح لان السبب هناك القرابة وقد كانت لكل واحد منهما كاملة على انفراده فينفرد

وقد استثنى أبو حنيفة ومحمد من قولهما هذا مسائل لو باشرها أحد الوصيين كان تصرفه نافذاً بلا توقف على اجازة الآخر ومن تتبع هذه المسائل وجدها لا تخرج عن أصلين الاول المسائل التى يخشى من تأخيرها الضرر الثانى المسائل التى لا يحتاج فيها الى الرأى وينبنى على ذلك أن لاحد الوصيين الانفراد اجماعاً فى المسائل الآتية

أولا — تجهيز الميت لان فى التأخير ضرراً ولا يحتاج فيه الى الرأى لأن الكفن المسنون والامور الجائزة شرعاً فى هذه الحالة معلومة بل عند التأمل نرى ان التجهيز ليس من باب الولاية المستفادة من قبل الموصى ولذا يملكه الجيران فى الحضر والرفقة فى السفر

ثانياً — الخصومة التى فى حقوق الموصى على الغير ولكن الظاهر ان المراد بالخصومة التى ينفرد بها أحدهما حضوره فى مجلس القضاء لا رفعه

الدعوى والسير فيها بدون أخذ رأى الآخر اذ هذا مما يحتاج فيه الى الرأى وانما كان الظاهر ما ذكر بدليل أنهم عللوا الانفراد فى الخصومة بقولهم لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين فالمتعذر انما هو الاجتماع على ما قالوا لا أخذ الرأى وبدليل أنهم نصوا على أنه اذا وكل شخص اثنين بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالتصرف الا فى مسائل منها الخصومة وقالوا فى تعليل الانفراد لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى والخصومة وإن كان يحتاج فيها الى الرأى لكن اجتماعهما فى التكلم فى مجلس القاضى متعذر لأنه يؤدى الى التشويش على القاضى والى الشغب والرأى يحتاج اليه سابقاً على الخصومة . ولما خالف زفر فى مسئلة الخصومة وقال لا ينفرد احدهما فيها معللا ذلك بأنها محتاجة الى الرأى ورأى الاثنين لا يكون كرأى الواحد ردوا عليه بقولهم أن المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب وتحريا للصواب اذ الانسان يبتلى بالغلط عند كثرة اللغط وفى الاجتماع اخلال بالاستماع ولما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضياً بخصومة احدهما ولكن على وجه لا يفوت فائدة توكيلهما وهذا يكون بان يتناوبا الامر برأيهما وانما ينفرد أحدهما بالتكلم .

فيؤخذ من صريح هذا ما قلناه لما يترتب على غيره من الضرر لأن الغائب ربما يكون أقوى حجة من الحاضر وقد يكون عنده من الادلة فى هذه المسئلة ما ليس موجوداً عند الحاضر فاذا قلنا بصحة الانفراد فى هذه المسئلة وانه لا يؤخذ رأى الآخر وأقام الخصم الحجة على الحاضر ولم يبد ما عند الغائب لعدم علمه به وحكم بمقتضى هذه الحجة فلا تسمع عليه دعوى بعد ذلك بخصوص

هذه المسئلة وفيه من الاضرار بالورثة ما لا يخفى على أحد

ثالثاً — طلب الديون التى للموصى لانه غير محتاج الى الرأى ولكن لايجوز له قبضها وحده لاحتياجها بعده الى الحفظ وهو محتاج الى الرأى وقد يقال اذا لم يملك القبض فما فائدة الطلب اللهم الا أن يقال فائدته الاتفاق مع المدين على احضار الدين فى وقت معين ويخبر صاحبه بالاشتراك معه فى استلامه وفى محل حفظه

رابعاً — قضاء الديون الثابتة المطلوبة من الموصى لكن بشرط أن يكون المدفوع من جنس ما عليه بان يكون عليه مائة جنيه فيدفع له مثلها فلو أراد أن يعطيه شيئاً آخر فى مقابلة هذا الدين فلابد من أخذ رأى شريكه فى الولاية لعدم احتياج الاول الى الرأى وللاحتياج اليه فى الثانى

خامساً — تنفيذ وصية معينة لفقير معين أو لغير فقير فاذا قال أوصيت لفلان بهذا البيت وكانت الوصية نافذة ومستوفية كل الشروط جاز لاحدهما ان يدفع الموصى به الى الموصى له لعدم احتياجه الى الرأى

سادساً — شراء ما لا بد منه للايتام كالطعام والكسوة لان فى التأخير لحوق ضرر بهم وأى ضرر أعظم من هذا اذ ربما يموتون جوعاً أو عريا

سابعاً — قبول الهبة للموصى عليه لان فى تأخيره خشية الفوات ولعدم احتياجه الى الرأى ولان القبول يملكه كل من كان الطفل فى حجره وان لم يكن ولياً ولا وصياً فليس من باب الولاية

ثامناً — اجارة ماله والاجارة وان كان يحتاج فيها الى الرأى لكن ربما يكون فى تأخيرها خشية الفوات ولحوق الضرر مأمون لفسخ العقد بتحققه

ومثله يقال فى تأجير الطفل لعمل — والظاهر أن الاجارة من المسائل التى يحتاج فيها الى الرأى فلا ينفرد أحدهما بها لان الوصيين كناظرى الوقف وقد نص فى الاسعاف على أنه لا ينفرد أحد الناظرين بالاجارة الا اذا وكل أحدهما الآخر

تاسعاً — رد العارية والودائع المعينة فاذا استعار شخص شيئاً لينتفع به ومات قبل رده الى صاحبه او اودع شخص عنده شيئاً ومات قبل رده وكان له وصيان ملك أحدهما اعطاء الوديعة والعارية الى صاحبهما لانه لا يحتاج فيه الى الرأى فلو احتيج الى الرأى بان كانت الودائع غير معينة اشترط اجتماعهما

عاشراً — رد ما اغتصبه الموصى اى أخذه قهراً عن صاحبه ورد ما اشتراه شراء فاسداً لان كلا منهما غير محتاج الى الرأى

حادى عشر — قسمة المكيلات والموزونات مع شريك الموصى لعدم التفاوت بين آحادها فلا تحتاج الى الرأى ولذلك لوكانت الشركة فى القيميات احتيج القسمة اليه فلا ينفرد أحدهما بها

ثانى عشر — بيع كل ما يخشى عليه التلف لان فيه ضرورة لا تخفى

ثالث عشر — جمع الاموال الضائعة لان فى التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من يقع فى يده فلم يكن من باب الولاية . والفروع فى هذا المقام كثيرة ولكن متى عرفنا الاصلين المتقدمين فى أول شرح المادة سهل علينا التفريع عليهما

فظهر من ذلك أن الموصى اما أن ينص على الانفراد او الاجتماع أو يطلق

فان كان الاول أو الثانى اتبع شرطه اتفاقاً كما مر وان كان الثالث ففى المسائل التى لا يحتاج فيها الى الرأى والتى يخشى من تأخيرها الضرر ينفرد أحدهما اتفاقاً أيضاً وفى غيرها لا ينفرد عند الامام الاعظم ومحمد وينفرد عند أبى يوسف هذا محصل ما نصوا عليه

وبقى أن يقال اذا نص على الاجتماع فهل لاحدهما أن ينفرد بالتصرف فى المسائل التى لا يحتاج فيها الى الرأى والتى يخشى من تأخيرها الضرر والظاهر انله ذلك لان مواضع الضرورة مستثناة ولان الشرط لا يعمل به الا اذا كان مفيداً ومراعاته ممكنة ولم أر ذلك منصوصاً فان وجدت نصاً صريحاً فاعمل به

وكل الاحكام المتقدمة بالنسبة للوصيين تسرى على ناظرى الوقف — انظر مادة (٤٤٧)

وهذا اذا قبل الوصيان الايصاء فى حياة الموصى فاداما حيين فتصرفهما على الخلاف المتقدم ثم ان حضرت الوفاة احدهما فان أوصى الى الآخر فله التصرف فى التركة وحده ولا يحتاج الى نصب القاضى وصياً آخر لان رأى

(مادة ٤٤٧) اذا أقام الميت وصيين أو اختارهما قاض واحد فلا يجوز لاحدهما أن ينفرد بالتصرف وان تصرف فلا ينفذ تصرفه الا باذن صاحبه ما عدا الاحوال الآتية . وهى تجهيز الميت والخصومة فى حقوقه التي على الغير . وطلب الديون المطلوبة له لا قبضها . وقضاء الديون المطلوبة منه بجنس حقه . وتنفيذ وصية معينة لفقير معين . وشراء ما لا بد منه للطفل . وقبول الهبة له . وتأجير الطفل لعمل . واجارة ماله . ورد العارية والودائع المعينة . وردما اغتصبه الميت وما اشتراه شراء فاسداً . وقسمة المكيلات والموزونات مع شريك الموصى . وبيع ما يخشى عليه التلف . وجمع الاموال الضائعة — وان نص الموصى على الانفراد أو الاجتماع يتبع ما نص عليه

الميت باق حكما برأى من يخلفه وان أوصى الى غيره وجب اجتماعهما وان لم يوص الى الحى ولا الى غيره نظر القاضى فى المسئلة لما له من الولاية العامة فان وجد الباقى قادراً على ادارة جميع شؤون التركة وحده فوض اليه النظر كله وان رآه محتاجا الى من يعاونه ويساعده ضم اليه آخر. وكثير من الفقهاء يقول لا بد من ضم آخر الى الحى عند الكل أما عند من يقول بعدم الانفراد فهو ظاهر لان الباقى منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم اليه القاضى وصياً نظراً للميت عند عجزه وأما عند القائل بصحة انفراد أحدهما بالتصرف وهو أبو يوسف فلان الحى منهما وان كان يقدر على التصرف ولكن الموصى قصد أن يخلفه وصيان متصرفان فى حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر . وبعضهم يقول متى كان الباقى منهما قادراً على ادارة جميع التركة فلا حاجة الى اقامة آخر عند أبى يوسف وهو الظاهر للاستغناء عنه بقدرة الباقى خصوصاً اذا كان يترتب على اقامة آخر زيادة الاجر التى نحن فى غنى عنها نظراً لحق الورثة

ومثل هذا ما اذا أوصى الى اثنين ولم يقبلا فى حياته وبعد موته قبل أحدهما ولم يقبل الآخر فان القاضى ينظر فان رأى أن القابل كاف وحده اطلق اليه التصرف والا ضم اليه غيره — والوصى هو الذى يحفظ المال دون غيره ولو كان مشرفاً أى ناظراً اقامه الموصى مع الوصى ولكن ليس للوصى أن يتصرف الا بعد اخبار المشرف بما يريده من التصرفات وأخذ رأيه فيها — انظر مادة (٤٤٨)

(مادة ٤٤٨) اذا أوصى الميت الى اثنين ومات فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر

وما دام الوصى موجوداً فهو الذى يتصرف اذا لم يطرأ ما يستوجب عزله فان مات فاذا لم يوص الى غيره أقام القاضى وصياً وان أوصى الى غيره كان الموصى اليه وصياً فى التركتين أى تركته وتركة موصيه وقال الامام الشافعى رضى الله تعالى عنه لا يكون وصياً فى تركة موصيه واستدل بان الموصى الاول فوض الى وصيه التصرف ولم يفوض اليه الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره فصار كوصى الوكيل فانه يكون وصياً فى مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ولان العقد لا يقتضى مثله الا ترى ان الوكيل ليس له أن يوكل فكذا الوصى ليس له أن يوصى فى مال من أوصى اليه

ودليلنا أن الوصى تصرف بوصية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية فى التركتين فينزل الثانى منزلته فى التركتين ولا نسلم أنه لم يرض برأى من أوصى اليه الوصى بل وجد ما يدل عليه لانه لما استعان به فى ذلك مع علمه بانه لا يعيش أبداً بل تعتريه المنية صار راضياً باضافته الى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو ما فوض اليه بخلاف الوكيل لان الموكل يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلم توجد دلالة الرضا بالتفويض الى غيره بالتوكيل ولكن هذا الحكم وهو جعل وصى الوصى وصياً فى التركتين

يضم القاضى اليه غيره ان شاء وان شاء أطلق للقابل التصرف ولو جعل الموصى مع الوصى مشرفاً يكون الوصى أولى بامساك المال انما لا يجوز له التصرف فى شىء بدون علم المشرف ورأيه

ليس على اطلاقه فى كل الصور عندنا بل فى بعضها — وبيانه أن الوصى عند اقامته وصياً آخر اما أن يبهم بان يقول أقمتك وصياً أو يبين بان يقول أقمتك وصياً فى التركتين أو فى تركة موصى أو فى تركتى فان أبهم أو بين فقال فى التركتين فهو وصى فيهما اجماعاً وان بين فقال فى تركة موصى كان وصياً بالنسبة اليها بالاجماع أيضا وان قال أقمتك وصيا فى تركتى فقال ابو حنيفة يكون وصياً فيهما أيضاً لان تركة موصيه تركته اذ هو يملك التصرف فيها كما كان يملكه فى أمواله الخاصة به فالكل تركة له لان اللفظ يتناول التركتين وقال الصاحبان يكون وصيا فى تركته خاصة وهو الظاهر لتبادره الى الذهن عند سماع هذه العبارة لان تركة موصيه ليست تركته اذ لا يملك فيها الا التصرف وقد انتهى بموته

وما تقدم انما هو بالنسبة للوصى المختار وأما وصى القاضى فلا يكون وصيه وصياً فى التركتين الا اذا كانت الوصاية عامة — انظر مادة (٤٤٩)

﴿ الفصل الثانى ﴾

(فى تصرفات الوصى)

اعلم أن الوصى مطالب أمام الله وأمام القاضى بالمحافظة على أموال الايتام وتميتها بقدر الامكان لانهم عاجزون عن معرفة مافيه مصلحتهم فيلزمه أن يراعى ما هو مطالب به أمام الله الذى يعلم سره ونجواه فلا يلبس على القاضى بشىء لا يرضاه الله ليتخلص من العقاب الدنيوى لان الله لا تخفى عليه خافية

(مادة ٤٤٩) وصى الوصى المختار وصى فى التركتين ولو خصصه بتركته ووصي وصي القاضى وصى فى التركتين أيضاً ان كانت الوصاية عامة

فهو وإن نجا فى الدنيا فالعقاب الاخروى اشد فيكون دائماً على ذكر مما ورد فى الآية القرآنية (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديداً) يعنى يامعاشر الاوصياء ان أخاكم الذى كان معكم فى هذه الدنيا الفانية قد انتقل عنها الى الدار الباقية وقد صرتم خلفاء على أولاده الذين هم أعز شىء عنده فاسلكوا بهم السبيل الذى تودون أن يسلكه هو مع أولادكم لو فارقتم أنتم الدنيا وولى هو أمور أولادكم فاتقوا الله وراقبوه فى جميع أعمالكم ولا تقولوا الا الاقوال السديدة الحقة التى تنجيكم عندى فان خالفتم ذلك عاقبتكم عقابا شديداً فى الدنيا والآخرة (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً) فقد بينت لكم الطريق المستقيم لتتبعوه فمن شاء فليتبع ومن شاء فليخالف فكل له جزاء أعددته له يوم أقول (لمن الملك اليوم لله الواحد القهار اليوم تجزى كل نفس بما كسبت لا ظلم اليوم)

ويلزمه أن يراعى ما هو مطالب به أمام القاضى من الامور الظاهرية التى تبنى عليها الاحكام فلا يرتكب أمراً مخالفا للشرع الشريف بل يجعل أعماله دائما دائرة على محور ما سنه الفقهاء من التصرفات التى وان كانت كثيرة جداً ولكن من تأمل بعين البصيرة وجدها كلها ترمي لغرض واحد وهو المحافظة على الاموال وتنميتها بقدر الاستطاعة كى يكون ناجيا فى الدارين. فمن هذه التصرفات بيع أموالهم فلا بد من مراعاة صالح القصر عند مايريد الوصى بيع شىء من التركة وهو يختلف باختلاف الشىء المبيع والسبب الحامل على بيعه ومال الورثة — وبيانه ان التركة اما ان تكون خالية من الدين والوصية أو مشغولة بهما

أو بأحدهما وعلى كل فاما أن يكون كل الورثة صغاراً أو كلهم كباراً أو بعضهم صغيراً وبعضهم كبيراً وان كان فيهم كبير فاما أن يكون حاضراً أو غائبا ولكل من هذه الاحوال حكم يخصه : واليك البيان

فان كانت التركة خالية من الدين والوصية والورثة كلهم صغار فاما أن يكون الشيء المراد بيعه منقولا أو عقاراً فان كان الاول جاز للوصى أن يبيعه بمثل القيمة مراعيا المصلحة فى ذلك قال تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن) سواء كان للايتام حاجة لثمنه أولا لان حفظ ثمنه أيسر وأبقى اذ المنقول يتسارع اليه الفساد غالبا بخلاف النقود فيكون بيعه من باب النظر الى الصغير بما فيه المصلحة فيجوز . هذا اذا كان البيع بمثل القيمة فان كان فى البيع غبن بان كان الثمن أنقص من القيمة فان كان الغبن يسيراً وهو الذى يدخل تحت تقويم المقومين صح البيع أيضا وان كان فاحشا وهو الذى لا يدخل تحت تقويم المقومين فلا يصح ومثل البيع الشراء فان اشترى شيئا للايتام فان كان بمثل القيمة أو بغبن يسير بان كانت هناك زيادة يسيرة فى الثمن صح وان كان بغبن فاحش فلا يصح الشراء بالنسبة لهم لان ولايته نظرية ولا نظر فى الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففى اعتباره انسداد باب التصرفات

وإن كان الثانى وهو ما اذا كان المبيع عقاراً فاما أن لا يكون هناك مسوغ للبيع أولا فان لم يكن هناك مسوغ فلا يجوز بيعه أصلا لان العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع وان كان هناك مسوغ له جاز بيعه والمسوغ ينحصر فى وجود منفعة للصغير أو اضطرار الوصي لبيعه لقضاء دين مثلا ،

والمسوغات هى الآتية

أولا — ان يكون فى بيع العقار منفعة ظاهرة لليتيم بأن يرغب أحد فى مشتراه بضعف القيمة لمصلحة له بأن يوصل بينه الى الشارع العمومى مثلا أو يجعله طريقا لارضه أوممر مياه لها أو فضاء أمام بيته فالبيع فى هذه الحالة فيه منفعة ظاهرة للصغير اذ يمكن الوصى بعد بيعه العقار بضعف قيمته للراغب فيه أن يشتري للصغير عقاراً أنفع من المبيع

ثانياً — أن يكون على الميت دين لا وفاء له الا من ثمنه فيبيع الوصى فى هذه الحالة من العقار بقدر مايفى ثمنه بالدين المطلوب فان كان فى التركة منقول يفي ثمنه بالدين فلا يجوز للوصى بيع العقار

ثالثا — اذا كان فى التركة وصية مرسلة ولا عروض فيها ولا نقود لنفاذها منها فيبيع الوصى فى هذه الحالة من العقار بقدر ما ينفذ الوصية والوصية المرسلة هى المطلقة وهى التى لم تقيد بشىء من المال كالربع أو الثلث مثلا بأن يقول شخص أوصيت لفلان بألف جنيه من مالى فان الوصية والحالة هذه مطلقة لانها لم تقيد بجزء من المال ففى هذه الحالة ان كان المبلغ الموصى به يخرج من ثلث المال ولم يكن فى التركة نقود يدفع الوصى منها الموصى به ولم تكن هنالك عروض تباع ويدفع المبلغ من ثمنها جاز للوصى أن يبيع من العقار ما يساوى ثمنه المبلغ الموصى به ويدفع الثمن الى الموصى له لان الوصى مضطر الى البيع والحالة هذه بخلاف ما اذا كانت الوصية مقيدة بجزء من المال فليست له ولاية بيع العقار لان الموصى له فى هذه الحالة شريك الورثة والوصى هو المتصرف فيقاسمه في اعيان التركة ويعطيه مايستحقه منها سواء كان أقل من الثلث

او الثاث . وهذا المسوغ والذى قبله وان كانا خارجين من أصل الموضوع اذ هو خلو التركة عن الدين والوصية الا أنه قصد الاتيان بالمسوغات فى حد ذاتها

رابعاً — أن يكون اليتيم محتاجاً الى النفقة وليس فى التركة نقود يشتري له منها ما ينفقه عليه وليس فيها عروض أيضاً حتى يباع ويشترى بثمنها ماهو محتاج اليه للنفقة ففى هذه الحالة يبيع الوصى من العقار بقدر ماينفق على الصغير من ثمنه ويتجدد البيع بتجدد الاحتياج لأن الوصى مضطر الى البيع للانفاق الذى فيه حياة الصغير

خامساً — أن تكون مؤنته وخراجه تزيد على غلاته بأن كان الوصى يباشر زراعة أرض للصغير ويصرف عليها ما تحتاج اليه الزراعة وبعد حصد الزرع لا يفى ثمن محصوله بالمصاريف التى صرفت عليه والخراج الذى يؤخذ على الارض أو كان لا يباشر زراعتها ولكنه يؤجرها وأجرتها لا تفى بخراجها وما يطلب من الضرائب الاخرى وليس هناك من يسمع شكواه فى معاينة الارض وتقدير الخراج المناسب لحاصله حينئذ ولاية البيع لمنفعة الصغير اذ فى ابقاء العقار بهذه الحالة ضرر

سادساً — أن يكون العقار داراً أو حانوتاً آيلا الى الخراب فان المصلحة فى هذه الحالة تكون فى بيعه خوفا من أن ينقض ولكن يظهر أن هذا مقيد بما اذا لم يكن عند الوصى نقود للصغير تمكنه من ترميم الدار أو الحانوت واستغلالهما فان أمكن ذلك فلا يسوغ له البيع لقولهم ان ولايته نظرية والنظر فى ابقاء العقار بهذه الكيفية لا فى بيعه لانه من أنفس الاموال

سابعا — أن يخاف الوصى على العقار من متسلط جائر ذى شوكة عليه

ونزعه من تحت يده ولا يمكنه بعد أخذه استرداده بأى طريقة كانت والظاهر ان مجرد الخوف بل ولا التحقق من أخذه لا يكون مسوغا للبيع — ولا يشترط فى غير المسوغ الأول ان يكون الثمن أزيد من القيمة فيصح بمثل القيمة بل وبالغبن اليسير

فقد ظهر ان بيع الوصى عقار الصغير بمسوغ جائز فان باعه بدون مسوغ فالبيع باطل اصلا فاذا بلغ الصغير وأجازه فلا تصح هذه الاجازة بل يرد البيع لان الاجازة لا تلحق الباطل وانما تلحق العقد الموقوف . وحيث ان العقار هو ما لا يمكن نقله وتحويله من محل الى آخر والمنقول بخلافه فحينئذ يكون الشجر والنخيل والبناء دون الارض القائم عليها من المنقولات فيجوز للوصى بيعها بلا مسوغ من المسوغات المذكورة — والذى يظهر ان هذا ليس على اطلاقه اذ كيف يسوغ للوصى اذا كان للصغير بيت يستغله وبناؤه متين ان يبيع البناء ويترك الارض بدونه أو يبنيها من مال الصغير بعد هدم المشترى البناء واخذه أنقاضه او كيف يسوغ له اذا كانت له أشجار مثمرة ذات ايراد بيعها اذ المقبول والمعقول ان البيع فى مثل هذه الاحوال لا يجوز لان ولاية الوصى نظرية ولا نظر فى مثلها فلا بد من مراعاة الظروف والاحوال. وهذا اذا كان البيع والشراء لغير الوصى وكان ذلك الغير أجنبياً منه ومن الموصى فان كان لنفسه أو لغير أجنبي منه فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى فى شرح مادة (٤٥٦) وما بعدها — أنظر مادة (٤٥٠)

(مادة ٤٥٠) اذا كانت التركة خالية عن الدين والوصية والورثة كلهم صغار يجوز

وان كانت التركة غير مشغولة بالدين أو بالوصية أيضاً بأن كانت خالية منها والورثة كلهم كبار فاما أن يكون الكل حضوراً أو الكل غيباً أو بعضهم حاضراً وبعضهم غائباً فان كانوا كلهم حاضرين فليس للوصي ولاية بيع شيء من التركة الا بأمرهم ورضاهم لانهم والحالة هذه تكون الولاية على أموالهم لهم لا لغيرهم فان أذنوه في تصرف من التصرفات جاز والا فلا وانما له طلب ديون الميت وقبض حقوقه ودفعها للورثة لان هذا من باب اعانتهم على ايصال الحقوق اليهم — والظاهر ان هذا لا يكون الا برضاهم أيضاً فلو نهوه عن ذلك فليس له قبض حقوقهم . وان كانوا كلهم غائبين فللوصي ان يبيع العروض ويحفظ ثمنها وأما العقار فليست له ولاية بيعه لان الوصي قائم مقام الاب والاب لا يملك بيع العقار على ولده الكبير فكذلك من انتقلت اليه

للوصي أن يتصرف في كل المنقولات ببيعها ولو بيسير الغبن وان لم يكن للايتام حاجة لثمنها • وليس له أن يبيع عقار الصغير الا بمسوغ من المسوّغات الشرعية الآتية. وهي ان يكون في بيعه خير لليتيم بأن يبيعه لرغبة فيه بضعف قيمته • أو يكون على الميت دين لا وفاء له الا من ثمنه فيباع منه بقدر الدين • أو يكون في التركة وصية مرسلة ولا عروض فيها ولا نقود لنفاذها منها فيباع من العقار بقدر ما ينفذ الوصية • أو يكون اليتيم محتاجا الى ثمنه للنفقة عليه فيباع ولو بمثل القيمة أو بيسير الغبن • أو تكون مؤنته وخراجه تزيد على غلاته • أو يكون العقار داراً أو حانوتاً آيلا الى الخراب فيباع خوفاً من ان ينقض • أو يخاف عليه من تسلط جائر ذي شوكة عليه • فان باع الوصي عقار الصغير بدون مسوغ من هذه المسوغات فالبيع باطل ولا تلحقه الاجازة بعد بلوغ اليتيم * والشجر والنخيل والبناء دون العرصة معدودة من المنقولات لا من العقارات فللوصي بيعها بلا مسوغ من المسوغات المذكورة

ولاية الاب وهو الوصى لانه مأمور بحفظ التركة وبيع المنقول من باب الحفظ لانه مما يخشى عليه التلف وقد يكون حفظ الثمن أيسر وأبقى بخلاف العقار فانه محصن بنفسه محفوظ لا يخشى عليه التلف فمن أراد تحصين ماله وحفظه صرفه فى شراء العقار ولذا قالوا لو تحقق الوصى من هلاك عقار الغائب جاز له بيعه لانه من باب الحفظ وهذا هو الظاهر من كلامهم وان كانت الآراء متشعبة فى هذا الموضوع

وان كان بعضهم حاضراً وبعضهم غائباً فما عليك الا مراعاة الأحكام التى تقدمت فأجر حكم ما اذا كان الكل حضوراً على البعض الحاضر وحكم ما اذا كان الكل غيباً على البعض الغائب — انظر مادة (٤٥١)

وان كانت التركة خالية عن الدين والوصية ولكن كان بعض الورثة صغاراً وبعضهم كباراً فاتبع الاحكام التى تقدمت فى المادتين السابقتين وأجر حكم ما اذا كانت كل الورثة صغاراً على البعض الصغير وحكم ما اذا كانت كل الورثة كباراً على البعض الكبير سواء كان حاضراً أو غائباً أو البعض حاضراً والبعض غائباً فان الاحكام لا تختلف — أنظر مادة (٤٥٢)

(مادة ٤٥١) اذا كانت التركة غير مشغولة بالدين أو الوصية وكان الورثة كلهم كباراً حضوراً فليس للوصى بيع شىء من التركة بلا أمرهم وانما له اقتضاء ديون الميت وقبض حقوقه ودفعها للورثة . فان كان الورثة كلهم كباراً غيباً فللوصى أن يبيع العروض ويحفظ ثمنها دون العقار وكذلك ان كانوا كلهم كباراً وبعضهم حاضر والبعض الآخر غائب فليس له الا بيع نصيب الغائب من العروض وأما العقار فلا يباع الا لدين

(مادة ٤٥٢) اذا لم يكن على الميت دين ولا وصية وكان بعض الورثة صغاراً

واذا كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية والورثة كلهم صغار فان كان الدين مستغرقاً لجميع التركة ثبتت له ولاية بيعها كلها من منقول وعقار ولو بمثل القيمة أو بغبن يسير اتفاقاً لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأموراً به من جهة الموصى ولان وجود الدين من مسوغات بيع العقار . وان كان الدين غير مستغرق للتركة ثبتت له ولاية بيع المنقول ولو زاد ثمنه عن الدين وأما العقار فلا يبيع منه الا المقدار المشغول بالدين عند الصاحبين لان جواز البيع هنا للحاجة ولا حاجة الى بيع الزائد فلا يجوز وقال أبو حنيفة له أن يبيع كل العقار فى هذه الحالة أيضاً لان الولاية هنا بسبب الوصاية وهى لا تتجزأ فمن ثبتت له الولاية فى بيع البعض ثبتت له فى الباقى — والمعول عليه مذهب الصاحبين

ومثل الدين الوصية فله أن يبيع من العقار بقدر النافذ منها ان لم تكن هناك نقود ولا منقول تنفذ الوصية من ثمنه . وهذا اذا كانت الوصية مرسلة فان كانت مقيدة بشىء كثلث أرض كذا أو البيت الفلانى وكان يخرج من ثلث التركة سلم الوصى الموصى له الموصى به بلا حاجة الى البيع لاجل الوصية

وان كان بعض الورثة صغيراً وبعضهم كبيراً ولكنه غائب أو كان الكل كباراً وهم غائبون كان الحكم كما تقدم بالنسبة لبيع المنقول والعقار

وان كان كل الورثة كباراً ولكنهم حضور رشد كانت ولاية تسديد الدين وتنفيذ الوصية لهم لا للوصى فان امتثلوا وقاموا بهذا الواجب فبها

والبعض كباراً فللوصى ولاية بيع العروض والعقار على الصغار بأحد المسوغات دون الكبار الا اذا كانوا غيباً فله بيع حصتهم من العروض دون العقار

سواء كان ذلك من التركة أو من مالهم وان امتنعوا ثبتت هذه الولاية للوصى فله أن يبيع الكل أو البعض على حسب الحاجة

وان كان الكل كباراً ولكن بعضهم حاضر والبعض غائب كان الحكم بالنسبة لكل منهم ما تقدم وفى كل موضع تثبت فيه ولاية البيع للوصى لا يبيع من العقار شيئاً الا اذا كانت النقود الموجودة أو ثمن المنقول لا يفى بالمطلوب لان المصلحة فى ذلك ومع هذا فلا يبيع كل العقار بل بقدر ما شغل بالدين أو بالوصية — انظر مادة (٤٥٣)

وعند ما تثبت الولاية للجد الصحيح على أولاد ابنه فلا يملك ما يملكه وصي الاب لان وصى الاب يملك بيع المنقول مطلقاً أى سواء كان للايتام حاجة لثمنه أو لا وسواء كان هناك دين أو لا ويملك بيع العقار لقضاء الدين عن الميت أو عن الايتام وأما الجد فليس له أن يبيع المنقول أو العقار لقضاء الدين عن الميت وانما تثبت له ولاية البيع لقضاء الدين عن الايتام ومثل الجد وصيه ولكن يقال اذا كان شخص دائناً للميت او كان الميت اوصى لشخص

(مادة ٤٥٣) اذا كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية ولا نقود فيها ولم تنفذ الورثة الوصية ولم يقضوا الدين من مالهم يجوز للوصى ان كانت التركة مستغرقة بالدين أن يبيعها كلها من منقول وعقار وان لم تكن التركة مستغرقة بالدين ولا نقود فيها لقضائه أو لتنفيذ الوصية فله أن يبيع منها فى الدين بقدر أدائه كله وفى الوصية بقدر النافذ منها سوء شاءت الورثة أو أبوا . ينبغى للوصى ان يبتدىء ببيع المنقول ويؤدى الدين وينفذ الوصية من ثمنه فان لم يف ثمنه بذلك يبيع من العقار بقدر الباقى وليس له أن يبيع ما زاد على الدين أو الوصية

بشيء من أمواله وكان الجد هو المتولى أمور التركة فما يصنع الدائن والموصى له نقول يرفع كل منهم الامر الى القاضي ليبيع لهم أو يأمر من يبيع من التركة بقدر قضاء الديون وتنفيذ الوصية وهذا قول الامام الاعظم وقال محمد الجد قائم مقام الأب فيما يملكه من التصرفات فقد جعل أبو حنيفة الجد الصحيح أنزل من وصى الاب بالنسبة للتصرفات وجعله محمد أرقى منه لان الاب يملك ما لا يملك وصيه ولم أر توجيه كل من القولين بعد مراجعة كثير من الكتب وكلما أردت توجيه قول الامام بشيء وجدته معترضاً ولكن قول محمد يمكن توجيهه لان كلاً من وصى الاب والجد يشتركان فى ثبوت الولاية على أموال الايتام والجد عنده من الشفقة على أولاد ابنه ماليس موجوداً عند الوصى فيكون أرقى منه فى التصرفات نعم ان وصى الاب وان كان مقدماً على الجد ولكن ليس الكلام فى التصرف عند اجتماعهما لان الجد لا يتصرف أصلا فى هذه الحالة بل الكلام عند ثبوت الولاية للجد -- فانظر لعلك تأتى بتوجيه لا يعترض عليه وبعضهم يقول يفتى بقول الامام ولكن الظاهر مذهب محمد — أنظر مادة (٤٥٤)

والوصى الذى له ولاية بيع أموال الصغار بالكيفية المتقدمة هو وصى الاب وأما وصى الام فله أحكام تخصه — وبيانها ان الاموال المملوكة للصغير اما ان تكون موروثة له عن أمه أو لا وعلى كل فاما ان يكون للصغير أب أو جد

(مادة ٤٤٥) ليس للجد الصحيح ولا لوصيه بيع العقار ولا العروض لقضاء الدين عن الميت ولا لتنفيذ الوصية وانما له بيعها لقضاء الدين عن الايتام ويرفع الغرماء أمرهم الى القاضى ليبيع لهم من التركة بقدر ديونهم وكذا الموصى لهم

أو وصى من قبل واحد منهما أو لا واليك أحكام كل . فاذا ماتت الام وأقامت وصياً على أولادها فليس له أن يتصرف فى أموالهم التى ليست موروثة لهم عن أمهم مطلقاً أى سواء كان لهم أب أو جد أو وصى من قبل واحد منهما أو لا بل ان كان أحدهم موجوداً فهو الذى يتصرف وان لم يكن موجوداً فالولاية للقاضى فان شاء باشر التصرفات بنفسه وان شاء أقام وصياً

وأما الأموال الموروثة لهم من قبل أمهم فان كان واحد من المذكورين موجوداً فليس لوصى الأم ان يتصرف أيضاً وان لم يكن موجوداً ثبتت له ولاية بيع المنقول لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ لان الغالب عليه الهلاك وحفظ ثمنه أيسر وأبقى فيملك بيعه وأما العقار فليست له ولاية بيعه الا اذا كان على الام دين أو أوصت بوصية ولا نقود فى التركة لسداد الدين وتنفيذ الوصية وليس فيها منقول أيضاً ليباع ويسدد الدين وتنفذ الوصية من ثمنه فله فى هذه الحالة ان يبيع من العقار بقدر ما يسدد الدين وينفذ الوصية ومثل البيع الشراء ولكن لا يشترى لهم الا الأشياء الضرورية التى لا يمكنهم الاستغناء عنها — ومثل وصى الام فى جميع ما ذكر وصى الأخ والعم وغيرهما من الاقارب غير الاب والجد والفرق بين وصى الاب ووصى الام ان الاب له الولاية على أموال أولاده فكذا من قام مقامه وهو وصيه ووصى الأم قائم مقامها وهى حال حياتها لا تملك بيع ما يملكه الصغير سواء كان عقاراً أو منقولاً وسواء كان خالياً عن الدين والوصية أو مشغولاً بهما أو باحدهما فكذلك وصيها — وهذا ظاهر بالنسبة للاموال التى ملكها الصغير من غير أمه وأما ما ورثه الصغير من الام فلوصيها فيه بيع المنقول اذا لم يكن

هناك أب أو جد أو وصى من قبل واحد منهما لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ فيملكه وأما العقار فهو محفوظ بنفسه فلا تثبت له ولاية بيعه اذا لم يكن على التركة دين أو فيها وصية أما اذا كان دين ولم يوجد من يسدده فان كان مستغرقاً فله ولاية بيع الكل وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين وبقدر النافذ من الوصية ويدخل بيع العقار تحت ولايته فى هذه الحالة لانه طريق قضاء الدين وتنفيذ الوصية وكل منهما داخل تحت ولايته وهذا السبب بعينه هو السبب بالنسبة لوصى الأخ والعم لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير فى المال فكذا لا ولاية للأخ والعم عليه فيه

وأما من يعول الصغير ويكفله بأن مات شخص له أولاد ولم يقم وصياً ولم يرفع الامر الى القاضى ليقيم وصياً فتولى أمورهم شخص بلا ولاية شرعية فهذا الشخص لا يملك بيع عقارهم ولو مع وجود أحد المسوغات الشرعية لبيعه وكذلك بيع المنقول فليس له أن يبيع منه الا ما هو محتاج لثمنه ليشترى به الاشياء الضرورية لهم — أنظر مادة (٤٥٥)

وبما أن تصرفات الوصى فى مال الصغير مقيدة بالمصلحة فله أن يتجر بمال اليتيم لليتيم لأن هذا أصلح له اذ لا فائدة فى ابقاء الاموال بدون استثمار فله استثمارها بالتجارة بأن يتجر فيها بنفسه أو يعطيها لغيره مضاربة أو بضاعة أو يشارك غيره ويدفع رأس مال الشركة من أموال اليتيم لان هذه التصرفات

(مادة ٤٥٥) ليس لوصى الام أن يتصرف فى شىء مما ورثه الصغير من تركة غير تركة أمه سواء كان عقاراً أو منقولا مشغولا بالدين أو خالياً عنه كما لا يتصرف فيما ورثه الصغير من أمه اذا كان له أب أو جد حاضر أو وصى من قبلهما فاذا لم يكن للصغير

وما يماثلها فيها خير للصغير والوصى له أن يفعل كل ما فيه خير بالنسبة له ولكن ليس له أن يتجر فى أموال اليتيم لنفسه والمعول عليه فى هذا الزمان ان الوصى ليس له ان يأخذ أموال الصغير مضاربة فان فعل وربح ضمن المال الذى أخذه فقط ولا يطيب له الربح فيتصدق به عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يطيب له الربح ولا يتصدق بشىء وهو ظاهر — انظر مادة (٤٥٦)

وعند ما يبيع الوصى مال اليتيم لا يخلو الحال من أحد أمرين الأول ان يبيعه لغيره الثانى ان يبيعه لنفسه وعلى كل فاما أن يكون المبيع عقاراً أو منقولاً فان كان لغيره فاما ان يكون ذلك الغير أجنبياً من الوصى والموصى أو ليس أجنبياً منهما والمراد بكونه اجنبياً من الموصى انه يكون غير وارث له وبكونه اجنبياً من الوصى ان لا تقبل شهادته له وعلى كل من هذه الاحوال فاما ان يكون الوصى وصياً مختاراً او وصى القاضى وكل من الوصيين له احكام تخصه بالنسبة لبعض هذه الاحوال — وبيانه انه ان باع الوصى المختار لغيره وكان ذلك الغير اجنبياً منه ومن الموصى وكان المبيع منقولا جاز البيع

أب ولا جد ولا وصى من جهتهما جاز تصرف وصي الام في تركتها ببيع المنقول وحفظ ثمنه وشراء مالا بد للصغير منه خاصة وليس له بيع العقار ما لم يكن عليها ديون أو أوصت بوصية فان وصيها يملك بيع العقار المشغول بالدين أو الوصية لاداء الدين وتنفيذ الوصية ومثل وصى الام من يعول الصغير ويكفله فليس له بيع عقاره ولو مع وجود أحد المسوّغات الشرعية وانما له بيع ما لابد منه لحاجته من المنقولات وشراء ما لا بد له منه

(مادة ٤٥٦) يجوز للوصى ان يتجر بمال اليتيم لليتيم تنمية له وتكثيراً وان يعمل كل ما فيه خير له وليس له ان يتجر لنفسه بمال اليتيم

اتفاقاً سواء كان بمثل القيمة أو بغبن يسير لانه لا يستغنى عنه فى المعاملات ففى اعتباره سدّ لباب التصرفات وان كان الغبن فاحشاً فلا يصح البيع لأن ولاية الوصى نظرية ولا نظر مع الغبن الفاحش . وان كان المبيع عقاراً فلا يصح البيع الا اذا كان هناك مسوغ من المسوغات الشرعية المذكورة فى مادة (٤٥٠)

وان باع لغير أجنبي منه ومن الموصى بأن باع لأبيه أو ابنه مثلاً أو لوارث الموصى قال الامام الاعظم لا يصح هذا البيع الا بالخيرية فلو كان بمثل القيمة لم يصح وقال الصاحبان يصح البيع اذا كان بمثل القيمة لان الغرض انتفاء الشبهة عن هذا البيع وهى تنتفى بما ذكر فالغبن اليسير لا يغتفر هنا بالاجماع — وهذا بالنسبة للمنقول وأما العقار فلا بد من مسوغ شرعى لبيعه . ومثل البيع فيما ذكر من الأحكام الشراء فللوصى المختار أن يشترى للصغير شيئا من أجنبي سواء كان بمثل القيمة أو بغبن يسير فلو كان فيه غبن فاحش لم ينفذ على الصغير فان اشترى من غير أجنبي منه ومن الموصى فعلى الخلاف المتقدم بين الامام وصاحبيه فى البيع — ولا يخفى ان الغبن فى حالة الشراء يكون زيادة فى الثمن وفى البيع يكون نقصاً منه والفرق بين الغبن اليسير والفاحش ان الغبن اليسير هو الذى يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف الغبن الفاحش

وكل هذه الاحكام بالنسبة للوصى المختار أما وصى القاضى فلا يجوز له ان يبيع شيئاً من أموال اليتيم لمن لا تقبل شهادته له لانه وكيل القاضى ففعله كفعل الموكل وفعل الموكل قضاء وهو لا يقضى لمن لا تقبل شهادته له

ومثل البيع الشراء — أنظر مادة (٤٥٧)

وان باع الوصى المختار لنفسه شيئاً من أموال اليتيم صح هذا البيع عند الامام ولكن تشترط الخيرية وهى تختلف باختلاف المبيع لانه اما ان يكون عقاراً أو منقولاً فان كان عقاراً فالخيرية التضعيف فلا بد أن يشترى ما يساوى خمسين بمائة وان كان منقولا فالخيرية فيه زيادة الثلث بالنسبة للكل فلو كان يساوى عشرة واشتراه بخمسة عشر فبها والا فلا يصح

ومثل البيع فى الاحكام المذكورة الشراء لليتيم من أمواله فاذا اشترى الوصى المختار لليتيم شيئاً من أموال نفسه فلا يصح هذا الشراء الا بالخيرية وهى هنا تكون نقصاً فى الثمن وهى بالنسبة للعقار أن يبيعه له بنصف القيمة وفى المنقول بثلثى قيمته فلو كان يساوى خمسة عشر وباعه له بعشرة فبها وإلا فلا يصح

وفسر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة وان لم تكن على الثلثين والثلث فاذا اشترى ما يساوى ثمانية بعشرة أو باع ما يساوى عشرة بثمانية كان هذا العقد صحيحاً نافذاً وهو وجيه اذ الغرض من وجود الخيرية فى هذا العقد نفى الشبهة عن الوصى وهى تحصل بما ذكر فلا يشترط فيها نقص الثلث أو زيادته

(مادة ٤٥٧) يصح بيع الوصى مال اليتيم غير العقار لاجنبى منه ومن الميت بمثل القيمة و بيسير الغبن لا بفاحشه وكذا شراؤه مال الاجنبى منهما عقاراً أو منقولا لليتيم بما ذكر لا بفاحشه . ولا يصح بيع وصى الأب لمن لا تقبل شهادته له ولا لوارث الميت إلا بالخيرية الآتى بيانها فى العقار وغيره فلو كان وصى القاضى لم يجز لمن لا تقبل شهادته له كما لا يجوز لنفسه

وان كان وصى القاضى فلا يجوز بيعه شيئاً من أموال اليتيم لنفسه ولا شراؤه شيئاً من أمواله لليتيم ولو بالخيرية لانه وكيل عن القاضى ففعله كفعله وفعل الموكل قضاء وهو لا يقضى لنفسه — انظر مادة (٤٥٨)

وعندما يبيع الوصى مال اليتيم لا يشترط أن يكون الثمن معجلاً بل يجوز أن يكون نسيئة أى مؤجلا الى وقت معلوم ولكن يشترط ان لا يكون الاجل طويلا لان فيه تضييع فائدة أموال اليتيم فى هذه المدة بخلاف المدة القصيرة فان التجارة لا تستغنى عنها ويشترط أيضاً ان يكون المشترى قادراً على دفع الثمن ولا يخشى منه الانكار والامتناع عن الدفع عند حلول الأجل لأن تصرفات الولى نظرية والنظر فيما ذكر لا فى غيره — أنظر مادة (٤٥٩)

واذا كان على الوصى دين فلا يجوز له قضاؤه من مال اليتيم فان فعل يكون ضامناً بلا شك واذا حضر اليه شخص وطلب منه أن يعطيه شيئاً من مال اليتيم على سبيل القرض الشرعى بأن يأخذ منه شيئاً من المثليات يستهلكه فى حاجاته وعند القدرة يرد عليه مثله فلا يجوز له اعطاؤه شيئاً منه لان فيه

(مادة ٤٥٨) يجوز لوصى الاب ان يبيع مال نفسه لليتيم وان يشترى لنفسه مال اليتيم ان كان فيه خير والخيرية فى العقار فى الشراء التضعيف وفى البيع التنصيف وفى غير العقار أن يبيع ما يساوى خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر لنفسه من مال الصغير — ولا يجوز لوصى القاضى ان يشترى لنفسه شيئاً من مال اليتيم ولا أن يبيع مال نفسه لليتيم مطلقاً

(مادة ٤٥٩) يجوز للوصى ان يبيع مال اليتيم من أجنبى نسيئة بشرط أن لا يكون الأجل فاحشاً وان يكون المشتري لا يخشى منه الجحود والامتناع عن الدفع عند حلول الأجل

تعطيلا للاموال بدون استثمار والوصى مأمور بتنمية أموال اليتيم ولـكن لما كان القرض لا يكون الا لمحتاج لان الظاهر ان الشخص لا يطلب من غيره شيئاً الا اذا كان محتاجاً اليه حث الشارع عليه فى مواضع كثيرة ولذا قال الفقهاء أن الوصى وان كان لا يجوز له اقراض مال اليتيم لـكنه لو فعل ذلك لا يعد خائناً فلا يعزل من الوصاية ويكون ضامناً لما أقرضه

وأما القاضى فيجوز له ذلك لانه قادر على تخليص مثـله فى أى وقت أراد ومع ذلك فليس الجواز بالنسبة اليه مطلقاً بل هو مقيد بما اذا لم يجد شيئاً موافقاً يشتريه لليتيم بهذا المال ويستغله له ولم يجد من يأخذ هذا المال مضاربة أى يتجر فيه ويكون الربح بين المضارب واليتيم على حسب الشرط الذى يتفقان عليه وهو ظاهر لانه اذا لم يمكنه اشتثمار المال بأى طريق فالاحسن اعطاؤه للمحتاج لينتفع به ويكون مضموناً عليه ويرده فى الوقت المناسب وهو الوقت الذى يرى القاضى أخـذه فيه لتنميته وهو قادر على ذلك فيملك الاقراض والمعول عليه أن الاب كالوصي لا كالقاضي فلا يجوز له اقراض مال ولده وكما لا يجوز للوصى اقراض مال اليتيم لغـيره كذلك لا يجوز له أخذه قرضاً فلو أخذه كان ضامناً لمـا أخذ لانه صار مستهلـكا للأموال فيضمن مثلها لصاحبها وقال محمد أرجو أنه لو فعل ذلك وهو قادر على القضاء فلا بأس به

واذا كان على الوصى دين لليتيم بأن اشترى شيئاً من أموال اليتيم لنفسه وكان فى هذا الشراء نفع للصغير أو استهلك شيئاً من أمواله فلا يصح ان يرهن شيئا من أموال نفسه عند اليتيم بالدين الذى عليه وينبني على ذلك أنه

لو فعل وهلك الشيء الذى رهنه لم يسقط شيء من دين اليتيم بل هو باق على الوصى فيطالب به

ومثل هذا ما اذا كان على اليتيم دين للوصي بأن باع له الوصى شيئا من أملاكه وكان فى البيع منفعة لليتيم ولم يأخذ ثمنه أو اشترى له شيئا من أجنبي ودفع الثمن من مال نفسه وأشهد على الرجوع فلا يصح أن يأخذ شيئا من أموال اليتيم يرتهنه عنده بهذا الدين وليس الاب كالوصى فى ذلك فله ان يرهن ماله عند ولده بدين عليه له وله أن يرتهن مال ولده اذا كان على الولد دين له وقالوا فى الفرق بينهما ان الاصل ان الواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن أى لا يكون راهنا ومرتهنا لكنا تركنا ذلك فى الاب لوفور شفقته فنزل منزلة شخصين ونزلت عبارته منزلة عبارتين بخلاف الوصى فان شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة

وبما ان المانع من رهن مال اليتيم عند الوصى عدم جواز تعدد العاقد فحينئذ يجوز له رهن مال اليتيم عند دائن غيره سواء كان هذا الدين على الميت أو على اليتيم أو على الوصى فاذا مات شخص مدين لغيره وأقام وصيا على أولاده فلهذا الوصى أن يرهن شيئا من أموال الايتام عند دائن الموصى

وكذلك لو اتجر لليتيم أو أذن له بالتجارة فركبته ديون أو اشترى الوصى له شيئا ولم يدفع ثمنه كان الدين على اليتيم وان كان الوصى هو المطالب به فله ان يرهن شيئا عند الدائن من مال اليتيم لان الأولى له التجارة فى مال اليتيم تثميراً له فلم يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء وكل منهما جائز وكذلك لو استدان الوصي لليتيم فى كسوته وطعامه فرهن به متاعاً لليتيم

جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز

وكما يجوز للوصى ان يرهن مال اليتيم بدين على الميت أو اليتيم يجوز له ان يرهنه بدين عليه هو عند الامام الاعظم ومحمد لانه يملك ايداعه عندغيره والرهن أنظر منه فى حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة لانه لو هلك يهلك مضمونا عليه والوديعة أمانة وقال أبو يوسف وزفر لا يجوز وهو القياس اعتباراً بحقيقة الايفاء يعنى أنه لا يجوز للوصى أن يقضى دينه من مال اليتيم فلا يجوز له أن يرهنه به وأجاب الامام ومحمد عن هـذا بأن هناك فرقاً بين حقيقة الايفاء والرهن لان فى الاول ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال وفى الثانى نصب حافظ لمال الصغير فى الحال مع بقاء ملكه فيه فوضح الفرق وقالوا ان الظاهر مذهب الامام وان الخلاف فى هذه المسئلة مبنى على خلاف آخر وهو أنه اذا باع الوصى مال الصغير من دائنه تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ الوصى الثمن من المشترى ويأخـذ المشترى دينه من الوصى وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع اذا باع الشيء الموكل ببيعه من دائنه فعندهما تقع المقاصة بنفس العقد ويضمن الوكيل الثمن للموكل وعنده لا تحصل المقاصة لانه اذا كان لا يملك قضاء دين نفسه من مال الصبي بطريق البيـع فـكذلك لا يملك بطريق الرهن وعندهما لما ملك بطريق البيـع ملك بطريق الرهن أيضاً لأن الرهن نظير البيـع من حيث وجود المبـادلة بوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشترى والخلاف المتقدم بالنسبة للوصي جار فى الاب

ومن تأمل وجد قول أبي يوسف وجيها لان هناك فرقاً بين ايداع مال اليتيم ورهنه اذ المودع له أن يسترد الوديعة في أي وقت شاء بدون أن يلزم بشيء بخلاف الراهن فليس له أن يسترد الرهن من المرتهن الا بعد سداد الدين فلو رهن الوصي مال اليتيم عند دائنه وأراد استرداده كان للمرتهن الحق في أنه لا يسلمه له الا بعد ان يستوفي دينه وربما يكون الوصي غير قادر على دفع الدين فتتعطل منفعة هذا الشيء على الصغير . وهذا لا يلزم على قول أبي يوسف اذ الوصي لا يملك هذا فيسترد من المرتهن بدون أن يكون له حق في استبقائه تحت يده حتى يستوفي دينه وما معنى عدم تجويز قضاء دينه من مال اليتيم وحصول المقاصة عند البيع أليس في هذا قضاء دينه وتكون حيلة وقد يلحق اليتيم ضرر بهذه المقاصة عند ما يكون الوصي غير قادر على دفع الدين اللهم الا اذا كان جواز الرهن وحصول المقاصة مقيدين بما اذا لم يلحق اليتيم ضرر منهما بدليل تقييدهم جواز اقراض القاضي مال اليتيم بما اذا لم يمكن استثماره في الوقت الذي يبقى فيه عند المستقرض ولكني لم أر هذا القيد

ومتى صح هذا الرهن فما دام الشيء موجوداً عند المرتهن يؤمر الوصي بسداد دينه وتخليص الرهن فان هلك تحت يد المرتهن هلك بالأقل من الامرين وهما القيمة والدين فاذا فرضنا ان الوصي رهن شيئاً من أموال اليتيم قيمته خمسون جنيهاً وكان الدين كذلك وهلك هذا الشيء عند الدائن سقط الدين عن الوصي ويلزمه دفع هذا المبلغ الى الصغير لانه صار قاضياً دينه بمال الصغير فتلزمه قيمته ولو كان الدين اكثر من خمسين جنيهاً سقط منه بقدر قيمة الرهن لانها أقل من الدين ويضمنها الى الصبي ويدفع الزائد الى الدائن

وان كان الدين أربعين جنيهاً فقط سقط كله بهلاك المرهون لان الدين أقل من القيمة فى هـذه الحالة ولا يلزم الدائن دفع الزائد عن الدين الى الراهن لان الزائد أمانة وهى لا تضمن الا بالتعدى والموضوع انه هلك من غير تعد فلا يضمنه ويلزم الوصى ان يعطى للصغير قدر الدين لا الزيادة

وكما يجوز للوصى أن يعطى رهناً بالدين المطلوب من الميت واليتيم يجوز له أن يأخذ رهناً بالدين المطلوب لواحد منهما وأن يأخذ كفيلا أى ضامناً به لان فى كل منهما منفعة عائدة على الصغير والوصى له أن يعمل كل ما فيه خير بالنسبة له — أنظر مادة (٤٦٠)

وبما أن الوصى له الولاية على أموال اليتيم فله أن يتولى التصرفات الجائزة له شرعاً بنفسه وله أن يوكل غيره ليباشرها اذ التوكيل هو اقامة الغير مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم ممن يملكه ولا شك فى ان الوصى مالك لهذه التصرفات فله ان يملكها لغيره ويتصرف هذا الغير بالنيابة عنه واذا مات الموكل انعزل الوكيل فالشخص الذى وكله الوصى ينعزل بموت الوصى أو اليتيم لانه فى الحقيقة نائب عنهما — أنظر مادة (٤٦١)

وينبنى ان على تصرفات الوصي فى مال اليتيم مقيدة بالمصلحة أنه اذا

(مادة ٤٦٠) لا يجوز للوصى قضاء دينه من مال اليتيم ولا اقراضه ولا اقتراضه لنفسه ولا رهن ماله عند اليتيم ولا ارتهان مال اليتيم وله رهنه من أجنبي بدين على اليتيم أو على الميت أو على نفسه وأخذ رهن وكفيل بالدين المطلوب لليتيم وللميت

(مادة ٤٦١) يجوز للوصى أن يوكل غيره بكل ما يجوز له أن يعمله بنفسه في مال اليتيم . وينعزل الوكيل بموت الوصى أو الصبي

كان شخص فى ذمته دين لليتيم مستحق للدفع فى الحال أو بعد زمن مخصوص فليس له أن يبرئه من كل الدين أو بعضه ولا أن يؤجل الدين المستحق الدفع فوراً الى زمن سواء كان طويلاً أو قصيراً لانه لا مصلحة فى ترك كل الدين أو بعضه بدون عوض ولا فى تأجيله لان فيه تعطيل المال مدة الأجل فلو حصل من الوصى ذلك فلا يصح ويطالب المدين بكل الدين فى صورتى اسقاط الوصى كله أو بعضه ويدفعه فى الحال فى صورة التأجيل وليس للمدين ان يمتنع عن ذلك محتجاً بما صدر من الوصى لانه غير صحيح فلا يحتج به ولكن محل هذا اذا كان الدين ثابتاً بغير عقد الوصى بأن باع الموصى قبل وفاته شيئاً لشخص ومات ولم يقبض الثمن أو استهلك شخص شيئاً من أموال الصغير وألزم ببدله فان الدين مستحق لليتيم ووجوبه بغير عقد الوصى فلا يجوز له التصرف فيه الا بما يعود بالنفع على اليتيم وهذا بالاتفاق

أما اذا كان الدين واجباً بعقد الوصى كما اذا باع شيئاً من أملاك اليتيم لغيره بثمن مستحق الدفع فى الحال أو كان الموصى قبل وفاته وكل الوصى ببيع شيء من أملاكه فباعه ولم يقبض الثمن من المشترى حتى مات الموصى فقال أبو يوسف هو كالاول فى الحكم وقال الامام الاعظم ومحمد يصح ابراء الوصى المدين من كل الدين أو بعضه وتأجيل الدين الحال فتبرأ ذمة المدين من كل الدين أو بعضه ولا يطالب بالدين الا عند حلول الاجل ولكن الدين لا يضيع على اليتيم بل يلزم الوصى دفعه فى الحال — وتأمل فى كل من القولين وانظر مايوافق مصلحة الصغير لما تقدم لك فى شرح مادة (٤٦٠) — أنظر مادة (٤٦٢)

(مادة ٤٦٢) لا يملك الوصى ابراء غريم الميت عن الدين ولا أن يحط منه شيئاً

ومما ينبنى على أن تصرفات الوصى ان كان فيها مصلحة للصغير نفذت والا بطلت صالح الوصى عن الدين المدعى به للموصى أو لليتيم أو عليهما فان كان فى الصلح منفعة للصغير جاز والا فلا — وبيانه انه اذا كان للموصى على آخر الف جنيه مثلا ومات قبل أخذها منه فاما ان يكون اثبات هذا الدين ممكناً لو رفعت الدعوى على المدين او غير ممكن

فان كان الاول بان وجدت بينة عادله لاثباته أو لم توجد ولكن المدين مقر بالدين أو انتفى الامران ولكن الدين مقضى به عليه فاما ان يصالح الوصى المدين على شيء من جنس الدين أو من غير جنسه فان صالحه على جنسه بان قال له صالحتك عن الالف التى عليك لموصىّ على تسعمائة جنيه مثلا كان هذا الصلح لاغياً لانه فى هذه الحالة يكون آخذاً لبعض الحق وتاركا للبعض الآخر ويترتب على الغائه ان الوصى له مطالبة المدين بكل الدين ويلزم بدفعه غير محتج بالصلح الذى حصل لانه غير معول عليه . وان صالحه على غير جنسه بأن قال له صالحتك عن الالف التى عليك على بيتك الفلانى مثلا فاما ان يكون البيت يساوى هذا المبلغ او اكثر منه أو أقل فان كان الاول أو الثانى فلا كلام فى صحته لان الصلح فى هذه الحالة معاوضة اذا الوصى اشترى البيت من المدين بالدين الذى عليه وهو يملك ذلك خصوصاً فى الحالة الثانية لظهور النفع لليتيم وان كان الثالث فاما ان يكون الغبن يسيراً أو فاحشاً فان كان يسيراً صح أيضاً اذ الغبن اليسير مغتفر لانه لا يمكن التحرز عنه ففى اعتباره سد باب

ولا ان يؤجله اذا لم يكن ذلك الدين واجباً بعقده فان كان واجباً بعقده صح الحط والتأجيل والابراء ويكون ضامناً

التصرفات وإن كان الغبن فاحشاً فلا ينفذ على اليتيم لان الوصى وان كان يملك الشراءله إلاأنه مقيد بعدم الضرروالضررهناموجودفيلغوبالنسبة لليتيم

وان كان الثانى وهو ما اذا كان اثبات الدين غير ممكن بأن لم يكن هنالك طريق من طرق الاثبات المتقدمة جاز للوصى أن يصالح عن الدين على اقل منه سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لان منفعة الصغير والحالة هذه فى الصلح اذ أخذ بعض الحق وترك البعض الآخر أصلح ولا شك من ضياع الكل

وكل ما قيل بالنسبة للدين الذى ثبت للموصى ومات قبل استيفائه يقال بالنسبة للدين الذى ثبت أولا لليتيم فاذا تعدى شخص على شيء من اموال اليتيم وأهلكه صار بدله ديناً فى ذمته له والوصى هوالمطالب به فاذا صالحه الوصى عن هذا الدين على شيء فالتفصيل والاحكام المتقدمة تجرى هنا أيضاً بلا خلاف ولكن هذا اذا وجب الدين بغير عقد الوصى فان وجب بعقده فقال الامام ومحمد يجوز الصلح ولو كان المصالح عليه أقل من الدين وكان الدين ثابتاً ويضمن الوصى النقص وقال أبو يوسف لا يصح أصلا —

ومثل ما قيل فى الدين المدعى به للميت أو لليتيم يقال فى الدين المدعى به على واحد منهما فاذا ادعى شخص أن له فى ذمة الميت مبلغ كذا أو أن اليتيم استهلك له كذا وطالب الوصى بالدين أو ببدل المستهلك فان كان غير ثابت فلا يجوز للوصى مصالحة المدعى ولو بأقل مما ادعى به للحوق الضرر بالصغير وان كان ثابتاً جاز له الصلح سواء كان المصالح عليه أقل من المدعى به او مساوياً له

ومحل سريان هذه الاحكام فى الصلح اذا كان بدل الصلح من مال اليتيم فان كان من مال الوصى صح الصلح مطلقاً أى سواء كان الدين ثابتاً أو غير ثابت وسواء كان بدل الصلح أقل من الدين أو مساوياً له أو أكثر لان الوصى له أن يتصرف فى ملكه بما شاء لمن أراد

واعلم أن طرق اثبات الدين المدعى به للميت أو لليتيم ثلاث البينة وقضاء القاضى واقرار المدعى عليه وأما طرق اثبات الدين المدعى به على الميت أو على اليتيم فاثنان البينه وقضاء القاضى أما الاقرار فلا يثبت به هذا الدين

والسبب فى ذلك أن الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر فلا يتعداه الى غيره والمدعى عليه فى الاول من أهل الاقرار فاذا أقر بشىء لزمه بخلافه فى الثانى لان الميت غير موجود والصغير ليس من أهل الاقرار والوصى وان كان قائماً مقام الموصى وله الولاية على أموال اليتيم الا أنه لا يصح اقراره عليهما لما عرفته من ان الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدى المقر الى غيره ولذا لا يصح اقرار الوصى بدين أو عين أو وصية على الميت فاذا قال ان فلانا يستحق عند موصى مائة جنيه مثلا فلا يثبت المقر به بهذا الاقرار ولو كان فى التركة بيت فقال ان هذا البيت الذى تعهدون أنه من تركة موصى ليس له وانما هو لفلان لم يصح هذا الاقرار ايضا وكذا اذا قال ان موصى أوصى لفلان بربع أمواله كان هذا الاقرار لاغيا للسبب المذكور فلا يثبت كل ذلك الا بحجة غير اقرار الوصى — انظر مادتى (٤٦٣ و ٤٦٤)

(مادة ٤٦٣) للوصى أن يصالح عن دين الميت ودين اليتيم اذا لم يكن لهما بينة والغريم منكر وليس له أن يصالح على أقل من الحق اذا كان بينة عادلة أو كان الغريم

هذا حكم اقرار الوصى على الميت وأما اقرار الوارث على المورث فانه يؤاخذ به لو كان من أهل الاقرار فاذا أقرت الورثة بدين أو بوصية على مورثهم وكان الكل من أهل الاقرار نفذ عليهم فان أقر أحدهم وهو من أهله فان صدقه الباقى فى هذا الاقرار نفذ عليهم ايضا وان لم يصدقوه فلا خلاف فى أن اقراره يسرى عليه فقط اذ الاقرار حجة قاصرة على نفس المقر فلا يتعداه الى غيره الا بتصديق منه وانما الخلاف فى أنه هل يأخذ المقر له بالدين جميع المقر به من نصيب المقر ان كان يفى به أو يأخذ منه بقدر ما يخصه وينبنى على هذا أنه اذا ترك شخص ثلاث بنين وتركته تساوى أربعة آلاف وخمسمائة جنيه فادعى شخص أن له دينا على مورثهم وقدره الف وخمسمائة جنيه فان صدقه الكل وهم من أهل التصديق أخذ كل الدين من التركة وبعد ذلك يقتسمون الباقى بينهم لان الارث مؤخر عن قضاء الدين وإن صدق المدعى أحدهم ولم يوافقه الباقى قال بعضهم يأخذ المقر له جميع نصيب المقر ان كان يفى بدينه وان كان نصيبه أقل من المقر به كما اذا كانت التركة فى هذا المثال ثلاثة آلاف جنيه أخذ جميع نصيبه فقط . وقال بعضهم يأخذ المقر له من نصيب المقر ما يخصه فى هذا الدين وهو فى هذا المثال خمسمائة جنيه — واحتج الاول بان المقر مؤاخذ باقراره فيعمل به فى حق نفسه وقد تضمن اقراره أنه لا يستحق شيئا من تركة مورثه الا بعد قضاء الديون فيؤخذ منه كل

مقراً به أو كان مقضياً به عليه . وان ادعى على الميت أو اليتيم حق ولمدعيه بينة عليه أو كان مقضياً له به جاز صلح الوصى بقدر قيمة المدعى به

(مادة ٤٦٤) لا يصح اقرار الوصى بدين أو عين أو وصية على الميت

ما يستحقه فى التركة ان وفى بالدين وان لم يوف فلا يؤخذ منـه الباقى لان الشخص اذا توفى وعليه ديون لاتفى تركته بها فلايلزم الوارث بسداد الباقى بعدالتركة — ووجه الثانى كلامه بأن قولهم المقرمؤاخذ باقراره مقيد بما اذا كان هذا الاقرار على نفسه فان كان على الغير فلا يسرى عليه الا بقدر ما يخصه وأحد الورثة هنا لم يقر على نفسه بل أقر بدين على المورث ليؤخذ من كل التركة وبما أنه أخذ جزأ منها فقط فيؤخذ منه بقدرما يخص ذلك الجزء من الدين ويلزم على أخذالكل من حصته الاضرار به فيؤدى ذلك الى انكاره الدين ان كان يعلم به لان اقراره يعود عليه بالضرر — والذى يؤخذمن كلامهم ترجيح الأول ولـكن من تأمل وجد القول الثانى أرفق وأعدل وأبعدعن الضرر فليـكن المعول عليه — ومحل هذا اذا لم يعلم هذا الدين الا بطريق اقرار أحد الورثة فان علم بالبينة ولو كان المقر أحد الشاهدين قبـل القضاء عليه بالاقرار لزم الدين كل الورثة لان البينة حجة متعدية أما لو كان بعـد القضاء عليه فلا تقبل شهادته لان فيها فائدة له بالزامه ببعض الدين بعـد ان كان ملزما بالـكل على القول الاول ولو أراد المدعى أن يقيم بينة على المقر يقبل منه ذلك لان فى اقامتها فائدة له وهى الزام الـكل بالدين فهذا من المواضع التى تسمع البينة فيها على المقر

وهذا الخلاف انما هو بالنسبة للاقرار بالدين فاذا كان الاقرار بالوصية فاتفقوا على أن مدعى الوصية لا يأخذ من نصيب المقر الا بقـدر ما يخصه . فاذا توفى شخص وترك ثلاث بنين وثلاثة آلاف جنيه وأخذ كل ابن الفاً فادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه أحد البنين فقط يؤخذ

منه ثلث ما فى يده لان المقر أقر بالف شائع فى الكل ثلث ذلك فى يده وثلثاه فى يد شريكيه فما كان اقراراً فيما فى يده قبل وما كان اقراراً فيما فى يد غيره لا يقبل فيجب ان يسلم الى الموصى له ثلث ما فى يده وهو حسن — انظر مادة (٤٦٥)

وبما أن كل شخص يمدح شرعاً وعرفاً اذا اعتدل فى النفقة بلا اسراف ولا تقتير لقوله تعالى (والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً) فلو خالف ذلك ترتب عليه ما أوعده الله تعالى به (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً) والوصى هو القائم بأمور اليتيم فينفق عليه لا على وجه الاسراف ولا على وجه التضييق بل يراعى الحال وذلك متفاوت بقلة مال الصغير وكثرته واختلاف حاله فينظر فيها وينفق عليه قدر ما يليق به ولو فرض تقدير النفقة لليتيم بشىء ورأى الوصى أنه لا يكفيه فله أن يزيد على قدر الكفاية وهو ظاهر — أنظر مادة (٤٦٦)

والصغير لا يخلو حاله بالنسبة لما له من ثلاثة أحوال . الاول أن يكون

(مادة ٤٦٥) اذا أقر أحد الورثة بدين على الميت صح اقراره فى حصته لا فى حصة غيره من بقية الورثة ويأخذ المقر له منها بقدر ما يخصه وهو الارفق وكذا ان أقر له بالوصية بالثلث لزمته فى ثلث حصته

(مادة ٤٦٦) ينبغى للوصى أن لا يقتر ولا يسرف فى النفقة على اليتيم بل يوسع عليه فيها بحسب ماله وحاله ليكون بين ذلك قواماً وله أن يزيد فى النفقة المفروضة ان كانت غير كافية

له مال حاضر عند الوصي . الثاني ان يكون له مال غائب . الثالث ان لا يكون له مال أصلاً . فان كان الاول أنفق عليه الوصي مراعياً ما ذكر من اعتبار ماله وماله . وان كان الثاني واشترى له الوصي شيئاً ودفع ثمنه من مال نفسه ثم أراد أخذه من مال الصغير بعد حضوره فان كان الشيء الذي اشتراه له ضرورياً كالطعام والكسوة قال بعضهم لا يكون متطوعا فله أن يرجع بهذا الحق أشهد على ذلك أو لم يشهد وقال بعضهم يكون متطوعاً في الانفاق الا ان يشهد أنه قرض أو أنه يرجع به عليه لان قول الوصي لا يقبل في الرجوع فيشهد لذلك — وان كان الشيء الذي اشتراه له غير ضروري كبيت أو فرس ثبت له الرجوع أشهد أو لم يشهد — وان كان الثالث وهو ما اذا لم يكن له مال أصلا فان كانت نفقة الصغير واجبة على الوصي كأن يكون عماً أو خالا للصغير واشترى له شيئاً من لوازمه الضرورية كالطعام والكسوة فليس له الرجوع على الصغير بعد ان يصير ذا مال لانه واجب عليه وان لم تكن نفقة الصغير واجبة عليه ففيه الخلاف المتقدم وأما اذا كان الشيء الذي اشتراه له ليس ضرورياً كعشرة أفدنة مثلا ثبت له الرجوع على الصغير سواء كانت نفقته واجبة عليه أو غير واجبة

هذا بالنسبة للوصي أما الاب فقال بعضهم هو كالوصي وقال بعضهم انه يخالفه فلا يثبت له حق الرجوع على ابنه في كل صورة من الصور الا اذا أشهد ولم يكن الشيء المشترى واجباً عليه وعن أبي حنيفة ان الاب اذا اشترى لابنه شيئاً ليس بواجب عليه ولم يكن له مال أصلا فليس له حق في الرجوع عليه بثمنه عند ما يصير ذا مال وان أشهد . والام في ذلك كالاب وقالوا ان

هذه الاحكام بالنسبة للقضاء وأما الديانة فيكفى كلا منهما النية وبالجملة فقد اضطربت الاقوال وتشعبت الآراء واختلفت النقول فى هذا الموضوع والذى يظهر أن الشىء المشترى أما ان يكون واجبا على الأب والوصى أو لا فان كان الاول فلا رجوع لكل منهما وان أشهد وان كان الثانى ثبت هذا الحق للوصى وان لم يشهد وأما الأب فلا يثبت له الا اذا أشهد لأن الغالب من شفقة الوالد الانفاق على الأولاد وتمليكهم شيئاً للبر والصلة لا للرجوع بخلاف الوصى الاجنبي فلا يحتاج فى الرجوع الى الاشهاد -- انظر مادة (٤٦٧)

وبما ان الوصى قائم مقام الموصى فيما له وعليه يكون هو المطالب بما على الموصى فاذا ادعى شخص على الميت ديناً فالخصم فى هذه الدعوى هو الوصى فله أن يقضيه من التركة لما له من الولاية عليها ولا يلزم برد بدله الى التركة ولكن على التفصيل الآتى

وبيان ذلك أن الدين المدعى به على الميت أما ان يكون ثابتاً أو غير ثابت فان كان ثابتاً وقضاه من التركة فلا يضمنه من ماله وثبوته يكون بأحد أمور ثلاثة أولا اذا أقيمت بينة عادلة لا شبهة فيها فى وجه الوصى وألزمه القاضى بدفعه . ثانياً اذا كان مقضياً به على الموصى قبل وفاته ولم يدفعه . ثالثاً اذا صدقت الورثة المدعى بالدين فى دعواه وهم من أهل التصديق ففى هذه الاحوال اذا قضى الوصى الدين من التركة فلا يضمن بدله من ماله بالاتفاق .

(مادة ٤٦٧) اذا احتاج اليتيم للنفقة وله مال غائب أو لا مال له ولم يكن الوصى ممن تجب نفقة الصغير عليه فى صورة كونه لا مال له أصلا وأنفق عليه الوصى من مال نفسه في لوازمه الضرورية فليس له الرجوع عليه الا اذا أشهد أنه أنفق ليرجع -

وان كان غير ثابت بأحد هذه الثلاثة ولو كان الوصى يعلم به كان أقر الموصى قبل وفاته بين يدى الوصى بأن فلانا يستحق عنده كذا أو عاين الوصى أن الموصى استهلك مال انسان ولم يدفع بدله حتى مات فقال بعضهم له أن يقضى ذلك الدين وقال البعض الآخر ينبغى للوصى أن لا يقضيه ويظهر ان هذا الخلاف بالنسبة للقضاء أما بالنسبة للديانة فله ذلك اتفاقاً كما يعلم من فروع كثيرة معلومة للمطلع على كتب الفقه ويتفرع على ذلك ان الوصى لو قضى هذا الدين ولم ترفع المسئلة للقاضى فلا يلزم الوصى برد مثل الدين الى التركة ويكون ناجياً عند الله تعالى اتفاقاً لانه قضى ديناً واجباً على الموصى قصر فى أدائه . أما اذا رفعت المسئلة الى القاضى ألزمه بدفع بدله متبعاً قول من لا يجوز له قضاء الدين فى هذه الحالة لانه المعول عليه ومحل ذلك اذا لم يكن للوصى بينة على ثبوت الدين فاذا أراد اقامة البينة أجيب الى طلبه لأنه يدفع عن نفسه الضمان فان لم تكن له بينة وادعى ان الورثة يعلمون هذا الدين سئلوا فان صدقوه وهم من أهل التصديق فبها وأن أنكروا فله تحليفهم على نفى العلم بهذا الدين لا على نفى ثبوته دفعاً للضرر عنهم فان حلفوا أنهم لا يعلمون بأن هذا الدين على مورثهم ضمنه الوصى وان امتنعوا عن اليمين حكم القاضى ببراءة ذمته لان امتناعهم بذل أو اقرار — أنظر مادة (٤٦٨)

(مادة ٤٦٨) اذا قضى الوصى ديناً على الميت بلا بينة من الغريم وقضاء القاضى ولا تصديق من الورثة فعليه الضمان ان لم يكن للوصى بينة أيضاً على ثبوت الدين وحلف الوارث على عدم علمه بالدين

ومن حيث أن الوصى يصرف زمنا من عمره فى شؤون الصغير ولو صرفه فى شؤون نفسه لازدادت ثروته فهو يستحق أجرة على هـذا العمل ولكن هذا ليس متفقا عليه لأن بعضهم يفصل قائلا الوصى اما ان يكون محتاجاً أو غير محتاج فان كان الأول فله طلب الأجرة وان كان الثانى فليس له ذلك مستدلا بقوله تعالى (ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف) وبعضهم يقول له الأجر مطلقا أى سواء كان محتاجا أو غير محتاج إذا طلب ذلك لأنه اذا امتنع عن القيام بالوصية إلا بأجر فلا يجبر على العمل لأنه متبرع ولا جبر على المتبرع وهذا هو الظاهر والأجر لا يقدر بشىء معين بل يكون على قدر عمله — أنظر مادة (٦٩:)

وبما أن أموال الصغار تحت يد الوصى فهو الذى يقوم بجميع لوازمهم من هذه الأموال الى أن يبلغوا رشدهم فاذا كبروا وصاروا محسنين للتصرف سلمت اليهم الأموال لان المانع قد زال . ولما كانت الأموال المملوكة لهم لا تبقى بحالة واحدة بل قد تزيد أو تنقص احتيج الى المحاسبة عليها ليستلموها على ماهى عليه الآن بقطع النظر عما طرأ عليها من النقص أو الزيادة لأنه قائم مقامهم والمصاريف اللازمة للمحاسبة تكون فى مالهم لا فى مال الوصى لانها فى فائدتهم وكل شئ يدعيه الوصى حال المحاسبة يحسب من مالهم ان صدقوه لان الاموال ملكهم فلهم أن يقروا على ما يدعيه وان كذبوه ورفعوا الامر الى القاضى أحضره وسأله عن مقدار المال الذى صرفه فى مدة صغرهم

(مادة ٤٦٩) للوصى اذا عمل أجرة مثل عمله ان كان محتاجا والا فلا أجر له

فعند جوابه أما أن يجمل أو يفصل فان كان الأول بأن قال صرفت عليهم خمسمائه جنيه مثلا فاما أن يكون معروفا بالأمانة أو لا فان كان معروفا بها وكان الظاهر لا يكذبه فيما يدعيه صدق قوله بيمينه وان كان الظاهر يكذبه كما اذا كان المبلغ الذى يدعيه يزيد عن لوازمهم فى تلك المدة فان ادعى سبباً مقبولا كأن قال اشتريت لهم طعاما فسرق أو كسوة فاحترقت فاشتريت لهم بدل ما ذكر صدق أيضا ان لم يدع تكرار ذلك مراراً

وان كان غير معروف بالامانة فلا يكتفى منه بالاجمال بل يجبر على التفصيل بالطرق التى يراها القاضى مؤدية لذلك ولكن لا يحبسه فان بين لكل جهة مقداراً من المال فاما ان يكون مسلطا شرعا على الصرف فى تلك الجهات أو لا يكون فان كان الاول صدق ان لم يكذبه الظاهر كما اذا قال صرفت فى سنة كذا مائة وخمسين جنيها ثمانون منها للنفقة وعشرون للتعليم والاولاد صالحة له وثلاثون لخراج الارض وعشرون لعوائد الاملاك وكان الظاهر لا يكذبه فى كل ذلك صدق أيضا لانه مسلط شرعا على مثل هذه التصرفات - أنظر المواد (٤٧٠) و(٤٧٢) و(٤٧٤)

(مادة ٤٧٠) اذا كبر الصغار فلهم محاسبة الوصى ومصاريفها عليهم لكن لو امتنع عن التفصيل لا يجبر عليه والقول قول بيمينه فيما أنفق هذا ان عرف بالأمانة والا أجبر على التفصيل باحضاره يومين أو ثلاثة وتخويفه بلا حبس ان لم يفصل بل يكتفى بيمينه فيما لا يكذبه الظاهر مما هو مسلط عليه شرعاً

(مادة ٤٧٢) يصدق الوصى بيمينه فيما هو مسلط عليه شرعاً من التصرفات

(مادة ٤٧٤) لا يقبل قول الوصى فيما يكذبه الظاهر

وان كان الثانى وهو ما اذا ادعى شيئا لم يكن مسلطا عليه شرعا فلا يقبل قوله ولو حلف إلا اذا أقام بينة وهذا يتحقق فى مسائل كثيرة

منها ما اذا ادعى انه قضى دين الميت بلا أمر قاض فانه فى هذه الحالة يكون ضامنا الا اذا أقام بينة على ذلك ولكن لا بد من أن يقيمها على ان الدين ثابت ودفعه من مال الصغير أما مجرد اقامة البينة على قضاء الدين فليس كافيا فى عدم الضمان وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه فى شرح مادة (٤٦٨) فارجع اليه ان شئت

ومنها ما اذا ادعى انه قضى دينا على اليتيم من مال نفسه ويريد أخذه من مال الصغير الآن فلا يصدق فى ذلك الا اذا أقام بينة على أدائه من ماله ليرجع به فى مال الصغير وقد تقدم هذا أيضا فى شرح مادة (٤٦٧) وما فيه من الخلاف والظاهر من كلامهم فيه فراجعه

ومنها ما لو قال الوصى لليتيم انك استهلكت مالا لفلان فى صغرك فاديت بدله من مالك فقال الصغير لم استهلك شيئا فلا يصدق الوصى الا اذا أقام بينة على استهلاكه للمال ودفع بدله لمالكه وكذا لو ادعى فى هذه الحالة انه دفع بدله من مال نفسه وأراد أخذه من مال الصغير فلا بد من اقامة البينة على الاستهلاك وعلى انه دفع من ماله ليرجع على ما تقدم من الخلاف فى هذه المسئلة

ومنها ما اذا قال الوصى فرض القاضي لأخيك الذى يستحق النفقة فى مالك كل شهر كذا فاديت له منذ خمس سنين مثلا وهو ينكر ففى هذه المسئلة لا يقبل قول الوصى فيكون ضامنا مالم يقم البينة على فرض القاضي

واعطاء المفروض للاخ لان هذ ليس من حوائج اليتيم والوصى انما يقبل قوله فيما كان من حوائجه

ومنها ما اذا ادعى انه أذن له في التجارة نخسر وصار مديناً فقضى الديون التى لزمته من ماله فان لم يقره الصغير على ذلك فلا يصدق الا اذا أقام بينة

ومنها ما اذا ادعى انه ادى خراج الارض ولكن هذا ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا كان ادعاؤه فى وقت لا تصلح الارض للزراعة أما لو كانت الارض صالحة لما كان القول له بلا اقامة بينة لان الحال شاهد له بخلاف الاول ويظهر ان هذا مقيد بما اذا كان الاختلاف فى دفع خراج هذه السنة لانها لو كانت صالحة الآن وكانت الدعوى بعدم صلاحيتها للزراعة قبل هذا التاريخ والوصى يدعى دفع الخراج فى الوقت الذى كانت غير صالحة فيه فمتى أثبت ذلك بالبينة قبلت ولكن بعد اثباته انه بذل كل ما فى وسعه لرفع الظلم ولم يرتفع بأن قرر من عاين الاطيان من قبل الحكومة انها تستغل فيدفع عنها الخراج فعارض فى ذلك ولم تسمع شكواه فانه والحالة هذه يكون مضطراً فى الدفع فيقبل قوله متى أثبته وما على الصغير بعد بلوغه رشده الا أن يرفع ظلامته الى محل الاختصاص ليرد اليه ماأخذ من أمواله ظلما . فالظاهر انه لا ينظر الى ان الارض صالحة للزراعة أو غير صالحة وقت الخصومة بل ينظر اليها فى الوقت المدعى دفع الخراج فيه وظروف الدعوى وأحوالها واثباتها وعدمه

ومنها ما اذا ادعي انه زوجه امرأة فى صغره ودفع له المهر ولكن ان

كانت المرأة حية صدق لان وجودها أقوى شاهد على ما يدعيه فان كانت المرأة ميتة فلا يقبل قوله الا اذا أقام بينة

وانظر هذا مع ما تقدم لك فى مادة (٣٨) من أن الوصى لا يجوز له أن يزوج اليتيم واليتيمة ولو أوصى اليه الاب بذلك اللهم الا أن يكون هذا جاريا على الرواية القائلة بأن الوصى يملك التزويج ان أوصى اليه الاب به أو تكون المسئلة مفروضة فى وصى له الولاية على النفس من جهة القرابة كالاخ والعم

ومنها ما اذا ادعى الوصى انه يستحق فى مال الصغير خمسين جنيها لانه اتجر فى خمسمائة جنيه منها فربح مائة وان هذه التجارة لم تكن للصغير خاصة بل الوصى له نصف الربح لانه كان مضاربا أى آخذاً مال الصغير يتجر فيه على أن يكون الربح بينهما نصفين فاذا لم يصدقه الصغير فى ذلك فلا يصدق قوله ولو حلف فان أقام بينة قبلت واستحق نصف الربح . ولا بد من تخريج هذه المسئلة على قول من يجوز أخذ الوصى مال اليتيم مضاربة أما على رأى من لا يجوز ذلك وهو المعول عليه فى هذا الزمان كما نص عليه الفقهاء فى مواضع كثيرة فلا يستحق من الربح شيئا ولو أقام البينة على أنه كان مضاربا

ومن هذا النوع فروع كثيرة تعلم من مراجعة الدار المختار فى الجزء الخامس صحيفة (٧٠٤) وما بعدها والفتاوى الهندية فى الجزء السادس صحيفه (١٥٥) وما بعدها – انظر مادتى (٤٧٢) و (٤٧٥)

(مادة ٤٧٢) لا يصدق الوصي بيمينه في التصرفات التى لم يكن مسلطا عليها شرعاً ولا يقبل قوله الا ببينة

(مادة ٤٧٥) يقبل قول الوصى فيما يدعيه من الصرف فيما يتعلق باليتيم أو

ومحل هذه الاحكام ان كان الوصى حياً وحوسب على الأموال فان مات قبل المحاسبة فاما أن يبين أموال الصغير أو يجهلها فان كان الأول بان بين كل ما يستحقه الصغير عنده من نقود وغيرها فاما ان توجد كل الاشياء التى بينها أو لا فان وجدت كانت كلها مملوكة للصغير وان لم توجد أخذ بدلها من تركته . وان كان الثانى بأن لم يبين فالاشياء التى توجد من أموال الصغير يستحقها والتى لم توجد لا تكون مضمونة فى تركته . — وانظر هذا مع قولهم ان الوصى أمين وقولهم الامين يضمن بموته مجهلا الأمانة كما اذا أودع شخص عند غيره شيئاً ومات المودع ولم يبين الوديعة ولم توجد فى تركته أو استأجر شخص من آخر شيئاً أو استعار ومات كل منهما مجهلا المستأجر والمستعار ولم يوجدا فى الاشياء التى تركها فان هذه الاشياء تكون مضمونة فى تركة المودع والمستأجر والمستعير فيؤخذ البدل من التركة قبل القسمة على الورثة لان قضاء الديون مقدم على استحقاق الورثة .

وقد يجاب عنه بأن الوصى وان اشترك مع من ذكروا فى ان كلا منهم أمين ولكن هناك فرق بينه وبينهم وهو ان الوصى له ان يتصرف فى أموال

مورثه الا فى مسائل منها ما اذا ادعى أنه قضى دين الميت بلا أمر قاض . أو ادعى انه قضاه من ماله . أو أن اليتيم استهلك فى صغره مالا لآخر فاداه عنه من مال نفسه أو مال اليتيم . أو أنه أنفق على محرم لليتيم أو ادعى انه أدى خراج أرضه وكان ادعاؤه فى وقت لا تصلح الارض للزراعة . أو أنه أذن له في التجارة فركبته ديون فقضاها عنه . أو أنه زوجه امرأة ودفع له مهرها من مال نفسه والمرأة ميتة . أو اتجر فى مال اليتيم وربح وادعى أنه كان مضارباً ففى هذه الصور كلها اذا أنكر اليتيم بعد بلوغه ضمن الوصى ما لم يقم البينة على دعواه

الصغير بما يراه صالحاً بخلاف من ذكروا فيحمل على أنه تصرف فيها وهلك ثمنها أوضاعت بدون تعدمنه ولم أرخلافاً في هذا الموضوع — انظر مادة (٤٧١)

وبما أن مال الصغير ما سلمت للوصي لحفظها وتميتها واستثمارها الا لكون الصغير عاجزاً عن ذلك لانه لا يهتدى الى ما فيه نفعه فلا يحسن التصرف فيها فاذا انتفى هذا الوصف عن الصغير بأن كان قادراً على ادارة شؤون أمواله بنفسه محسناً للتصرف فيها فقد انتهت مأمورية الوصي ومتى كان هذا الوصف موجوداً فولايته مستمرة سواء كان بعد البلوغ أو قبله وينبني على ذلك المسائل الآتية

اولا اذا بلغ الصغير رشيداً أي محسناً للتصرف في ماله فما على الوصي الا تسليمه اليه ولما كان ظهور الرشد لا يعلم الا بالتجربة والاختبار فالواجب على الوصي أن لا يدفع له المال الا بعدهما بأن يدفع اليه شيئاً من ماله ويأذن له بالتجارة فيه فان أحسن التصرف فيه سلم اليه الباقي والا فلا لقوله تعالى (وابتلوا اليتامي حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فمتى بلغ الولد متصفاً بهذا الوصف وباشر أي عقد من العقود فانه يكون نافذاً بلا توقف على اجازة الولي أو الوصي فاذا باع شيئاً من أملاكه أو اشترى شيئاً من آخر وامتنع من له الولاية على أمواله سواء كان الوصي أو غيره من تسليم المبيع للمشتري أو تسليم الثمن الى البائع من أموال الصغير مدعياً أنه محجور

(مادة ٤٧١) اذا مات الوصي مجهلا مال اليتيم فلا ضمان في تركته فان مات غير مجهل مال اليتيم وكان المال موجوداً فله أخذه بعينه وان لم يوجد بعينه بان كان مستهلكا فله أخذ بدله من تركة الوصي

عليه فنفاذ مثل هذه العقود متوقف على إجازته فلا يقبل قوله بل يجبر على تسليم ما ذكر الا اذا كان محجوراً عليه بأمر الحاكم انظر مادتى (٤٧٦) و (٤٧٧)

ثانياً اذا بلغ الصغير غير رشيد فلا يسلم الوصى المال اليه الا اذا ظهر رشده ولو ظهر عدم الرشد طول عمره ولكن هذا ليس متفقاً عليه بل هو مذهب الصاحبين وقال الامام الاعظم رضى الله تعالى عنه اذا بلغ غير رشيد فلا يسلم اليه المال فى الحال بل ينتظر فان صار رشيداً بعد البلوغ قبل أن يصير عمره خمساً وعشرين سنة سلم اليه والا فلا فان بلغ هذا السن سلم اليه المال وان كان غير رشيد (والرشد هنا حسن التصرف فى المال) واستدل الصاحبان بقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفاً) وبقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فانه نهانا عن الدفع اليه ما دام سفيها وأمرنا بالدفع اذا وجد منه الرشد فلا يجوز تسليم المال اليه قبل وجوده — ولان منع ماله لعلة السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة لان الحكم يدور معها وجوداً وعدماً . واستدل أبو حنيفة

(مادة ٤٧٦) ينبغى للوصى أن لا يدفع للصبي ولا للصبية مالهما بعد البلوغ الا بعد تجربتهما واختبارهما فى التصرفات فان آنس منهما رشداً وصلاحاً دفع اليهما المال المال والا فلا

(مادة ٤٧٧) اذا بلغ الولد عاقلا فجميع تصرفاته نافذه ويلزمه أحكامها ولا تقبل قول وليه أو وصيه أنه محجور عليه اذا كان الحجر بأمر الحاكم

بقوله تعالى (وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب) والمراد به بعد البلوغ وانما سمى يتيما لقربه منه — ولان أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة لقول أهل الطبائع من بلغ خمساً وعشرين سنة فقد بلغ رشده ألا ترى أنه قد بلغ سناً يتصور أن يكون فيه جداً — ولأن منع المال عنه على سبيل التأديب عقوبة عليه والاشتغال بالتأديب عند رجاء التأديب فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأديب فلا معنى لمنع المال بعده وهذا مبنى على الخلاف فى جواز الحجر على السفيه وعدمه فالصاحبان يقولان بالحجر عليه والامام لا يراه والظاهر والمفتى به مذهب الصاحبين وسيأتى لك هذا المقام بما لا مزيد عليه فى شرح مادة (٤٧٩)

وينبنى على ذلك أنه اذا بلغ الولد غير رشيد وسلم اليه الوصى المال قبل بلوغه خمساً وعشرين سنة أوقبل أن يظهر رشده فضاع المال عنده ضمن الوصى مثل ما سلمه له اذ بتسليمه له وهو غير رشيد يكون قد أعطاه لغير من هو أهل لحفظه فيكون متعدياً فيضمن فان كان التسليم بعد بلوغه هذا السن مع استمرار عدم الرشد ضمن المال اذا ضاع عند الصاحبين وهو المعول عليه لا عند الامام — انظر مادتى (٤٧٨) و(٤٧٩)

(مادة ٤٧٨) اذا بلغ الولد غير رشيد فلا يسلم المال اليه حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ما لم يؤنس رشده قبلها

(مادة ٤٧٩) اذا بلغ الولد مفسداً لماله وهو في حجر وصيه فدفع اليه المال عالماً بفساده عند البلوغ وضاع المال ضمنه الوصي وكما يضمن بالدفع اليه وهو مفسد فكذا قبل ظهور رشده بعد البلوغ حيث علم عدم رشده قبل البلوغ

ثالثاً إذا ظهر رشد الولد قبل البلوغ فسلم الوصى اليه المال فضاع عنده فلا ضمان عليه لانه سلمه الى مالكه بعد انتفاء السبب الموجب لعدم التسليم « وهو عدم الاهتداء الى التصرف فيه » بظهور الرشد « وهو حسن التصرف فى المال — انظر مادة (٤٨٠)

فقد ظهر من هذا أنه متى وجد حسن تصرف الولد فى ماله سلم اليه سواء كان قبل البلوغ أو بعده ومتى لم يوجد فلا يسلم اليه وان صار شيخاً على ما هو المعول عليه ولما كان الرشد غير محسوس بل يستدل عليه بالتصرفات كان لا بد من اثباته بحجة شرعية فاذا ادعاه الولد بعد بلوغه مريداً أخذ ماله والوصى ينكره فلا يلزم بالتسليم الا بعد ثبوته وينبنى على هذا أن الوصى لا يؤمر بتسليم المال اليه قبل اثبات الرشد فان ثبت وحكم به القاضى وطلب الولد ماله من الوصى اجبر على التسليم فان هلك منه شيء بعد المنع فان كان قادراً على التسليم بان كان المال حاضراً وهو متمكن من اعطائه له ضمن ما هلك لانه متعد فى المنع وان كان غير قادر بان كان المال غير حاضر وجد فى احضاره ليسلمه ولكن قبل حضوره هلك من غير تعديه فلا يضمن — انظر مادة (٤٨١)

(مادة ٤٨٠) اذا ظهر رشد الغلام قبل البلوغ ودفع اليه الوصى المال فضاع عنده فلا ضمان على الوصى

(مادة ٤٨١) اذا ادعى الصبى الرشد بعد بلوغه وأنكره الوصى فلا يؤمر بتسليم

البلاب الثانى

(فى الحجر والمراهقة والبلوغ)

الفصل الاول فى الحجر

اعلم أن الله تعالى خلق بنى آدم على أشرف خلقة وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الانعام وهو العقل وبه يسعد من سعد فمن منّ الله عليه بكماله أدرك نتيجة أعماله فيتبصر ويتدبر قبل الشروع فى أى عمل يريده فان كانت النتيجة محمودة أقدم والا أحجم وهذا لا ينازعه أحد فى تصرفاته أما من كان فاقد العقل أو ناقصه فانه من غير شك لا يهتدى الى النافع والضار ولذا لم يتركه الشارع وشأنه بل حجرعليه فمنعه من التصرفات على الطريقة التى ستلقى عليك وجعل كامل العقل قواماً عليه رحمة به اذ لولا ذلك لاستنفد من يعامله جميع ماله باحتياله الكامل اذن نعرف لك معنى الحجر وأسبابه فنقول

(معنى الحجر)

الحجر له معنيان معنى فى اللغة ومعنى فى الاصطلاح فمعناه فى اللغة المنع مطلقاً أى سواء كان منعاً عن التصرفات أو غيرها ومن هذا المعنى سمى العقل حجراً لانه يمنع صاحبه من ارتكاب القبائح قال تعالى (هل فى ذلك قسم لذى حجر) أى لذي عقل ومعناه فى اصطلاح الفقهاء منع مخصوص

المال اليه ما لم يثبت رشده بحجة شرعية واذا ثبت الرشد وحكم له به وطلب من الوصي بماله فمنعه مع تمكنه من دفعه وهلك فى يده ضمنه

بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه — وبيانه أنه بالنسبة للمجنون والصبي الغير المميز منع عن اصل التصرفات القولية مطلقاً وبالنسبة للصبي المميز والمعتوه منع عن أصل التصرفات الضارة ضرراً محضاً كالهبة وعن نفاذ التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء وبالنسبة للسفيه منع عن نفاذ التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كالبيع والاجارة وبالنسبة للمدين منع عن التصرفات التي تضر بحقوق الدائنين وستعرف كل ذلك مفصلا عند التكلم على أسبابه

(أسباب الحجر)

أسباب الحجر على ماذكره هنا ستة وهي الصغر والجنون والعته والغفلة والسفه والدين فكل شخص متصف بوصف من هذه الاوصاف يحجر عليه وحينئذ يحجر على الصغير والمجنون والمعتوه وذى الغفلة والسفيه والمديون ولكن الثلاثة الاول متفق على الحجر بوجودها والباقي مختلف فيه ومع ذلك فليسوا سواء في المنع من التصرفات بل هم مختلفون بحسب الصفات واليك البيان — انظر مادة (٤٨٢)

(الحجر على الصغير والمجنون والمعتوه)

ليس الغرض المقصود من الحجر على الاشخاص المذكورين واحداً اذ بعضهم تكون فائدة الحجر عائدة اليه كالصغير والمعتوه وبعضهم تعود الفائدة على غيره كالمديون . والصغير اما أن يكون مميزاً أو غير مميز والمميز اما أن

(مادة ٤٨٢) يحجر على الصغير والمجنون والمعتوه وذى الغفلة والسفيه والمديون

يكون غير مأذون له فى التجارة أو مأذونا له فيها. والتصرفات تنقسم الى ثلاثة اقسام الاول تصرفات نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية. والثانى تصرفات ضارة ضرراً محضاً كاعطاء شيء من ماله بلا مقابل والطلاق والعتاق والقرض. الثالث تصرفات مترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والصلح فاذا كان الصبي غير مميز فجميع تصرفاته باطلة ومثله المجنون الذي لا يفيق لان صحة العبارة بالتمييز ولا تمييز عند واحد منهما فان كان المجنون يفيق فى بعض الاحايين فتصرفاته وقت الافاقة كتصرفات العقلاء — انظر مادة (٤٨٣)

واذا كان الصبي مميزاً غير مأذون له فى التجارة فتصرفاته المضرة له ضرراً محضاً غير جائزة وان أجازها من له الولاية على ماله لأن تصرفات الولى منوطة بالمصلحة ولا مصلحة فى الاجازة فتلغو وتصرفاته النافعة له نفعاً محضاً جائزة ولو لم يجزها الولى أو الوصى وأما تصرفاته المترددة بين النفع والضرر فهى موقوفة على اجازة من له الولاية على ماله فان أجازها وكانت قابلة للاجازة « بان لم يكن فيها غبن فاحش وكان المبيع والبائع والمشترى موجودين والثمن أيضاً ان كان من الاعيان » نفذت وان لم يجزها أو أجازها وكانت غير قابلة للاجازة بان فقد شرط من هذه الشروط لغت لان التصرفات ان كانت بهذه الصفة يحتمل أن يكون فى عقده مصلحة وأن يكون فيه ضرر والذى يدرك أحد هذين الشيئين هو الولى فيرى رأيه فيه فان رأى النفع فى الاجازة

(مادة ٤٨٣) الصغير الذى لا يعقل تصرفاته القولية كلها باطلة ومثله المجنون المطبق الذى لا يفيق بحال وأما من يجن ويفيق فتصرفاته فى حال افاقته حكمها حكم تصرفات العاقل

أجاز والا نقض والمعتوه مثل هذا الصبي في جميع التصرفات المتقدمة

والصبي المميز هو الذى يعقل معنى العقود بان يعرف أن البيع سالب لملك المبيع وجالب لملك الثمن والشراء بالعكس ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة واختلفوا فى تفسير المعتوه اختلافاً كثيراً وقالوا أحسن ما قيل فى تعريفه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون — انظر المواد (٤٨٤) و (٤٨٥) و (٤٨٦)

والحجر على المذكورين انما يتأتى فى الاقوال لا الافعال اذ الحجر فى التصرفات القولية المتقدمة ممكن وذلك بعدم اجازتها فتلغو ولا يعمل بمقتضاها كانتقال ملكية المبيع فى البيع الى المشترى وتملك المستأجر منفعة المؤجر فى الاجارة وأما الافعال فلا يتأتى فيها ذلك اذ الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه وينبنى على ذلك أن كلا من الصبي والمجنون والمعتوه مؤاخذ بأفعاله فاذا أتلف واحد منهم مال غيره أو أتلف عضواً من أعضائه أخذ البدل أو الارش من ماله فى الحال والذى يطالب بدفعه هو المتصرف فيها

(مادة ٤٨٤) تصرفات الصبي المميز والمعتوه القولية غير جائزة أصلا اذا كانت مضرة لهما ضرراً محضاً وان أجازها الولى أو الوصى

(مادة ٤٨٥) التصرفات التى تصدر من الصبي المميز والمعتوه وتكون نافعة لهما نفعاً محضاً جائزة ولو لم يجزها الولى أو الوصى

(مادة ٤٨٦) المحجور عليه صبياً مميزاً كان أو كبيراً معتوهاً اذا عقد عقداً من العقود القولية الدائرة بين النفع والضرر توقف نفاذه على اجازة الولى أو الوصى فان أجازه وكان قابلا للاجازة نفذ وان لم يجزه أو أجازه وكان غير قابل للاجازة فلا ينفذ أصلا

أنظر مادة (٤٨٧)

ولكن محل ضمانهم لما اتلفوه من مال الغير اذا لم يكونوا مسلطين على الشيء الذى أهلكوه من قبل مالكه فان كان كذلك فلا ضمان. وينبنى على ذلك انه اذا أعطى شخص للصغير أو المعتوه مبلغاً من النقود أو كمية من المكيلات أو الموزونات على سبيل القرض الشرعى (السلفة » أو اعطاه شيئاً ليحفظه له « وهى الوديعة » أو سلمه شيئاً لينتفع به ويرده اليه «وهى العارية » أو باع له شيئاً وكان كل من هذه التصرفات بلا اذن الولى أو الوصى فاتلف كل منهما الأشياء المذكورة فلا ضمان عليه لأن اتلافه ما حصل الا بعد التسليط من المالك والمسلط غير أهل للحفظ فيكون التقصير من جهة المالك فلا ضمان فلو انتفى التقصير بأن لم يعامل كلاً منهما بشيء مما ذكر الا بعد التصريح له من ولى أمره ثبت الضمان — أنظر مادة (٤٨٨)

وان كان الصبي المميز مأذوناً له فى الاتجار فكل تصرف تحتاج اليه التجارة يجوز له توليه وينبنى على ذلك أن له البيع والشراء لكن اذا كان كل منهما بمثل القيمة أو بغبن يسير وهو الذى يدخل تحت تقويم المقومين جاز اتفاقاً أما لو كان بغبن فاحش وهو الذى لا يدخل تحت التقويم بأن باع شيئاً

(مادة ٤٨٧) الصبي مؤاخذ بافعاله فاذا جنى جناية مالية أو نفسية أدى ضمانها من ماله بلا تأخير الى البلوغ والمعتوه كالصبي

(مادة ٤٨٨) اذا استقرض الصبي أو المعتوه بلا اذن وليه أو وصيه مالا فاتلفه أو أتلف ما أودع عنده أو ما أعير اليه أو ما بيع له بلا اذن الولى أو الوصى فلا ضمان عليه ما لم تكن الوديعة نفساً فعليه ضمانها . فان قبل الوديعة باذن وليه أو وصيه فاتلفها فهو ضامن لها

من أملاكه بأنقص من قيمته أو اشترى شيئاً من غيره بأزيد من قيمته وكان كل من النقص والزيادة فاحشاً ففيه خلاف فالصاحبان يقولان بعدم الجواز والامام الاعظم يخالفهما . واستدل الصاحبان بأن الغبن الفاحش جار مجرى التبرع بدليل ان المريض مرض الموت اذا باع أو اشترى بغبن فاحش اعتبر من ثلث المال وأيضاً لا يجوز لكل من الاب والوصى والقاضى ان يبيع شيئاً من أملاك الصغير أو يشترى له شيئاً بغبن فاحش والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز ولأن المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضده لانه اتلاف . واستدل الامام بأنه مأمور بالبيع والشراء فيملك كل ما هو مسمى بهذا الاسم جرياً على قضية اطلاق اللفظ ولا يجوز تقييده بالغرض لان اعتبار نص الكلام أولى من اعتبار الدلالة — على انا لا نسلم خلوه من الغرض فان التاجر فى العادة كما يباشر العقد على وجه لا غبن فيه يباشره على وجه فيه غبن ليتوسل الى غرض لا طريق له إلا بيع ما عنده وربما لا يشترى ما عنده بمثل القيمة لكساد السوق ولا يكون عنده ثمن ما يريد تحصيله فتمس حاجته الى بيع ما عنده بوضيعة رغبة فيما يريد تحصيله والاسترباح منه وهذا معهود بين التجار — وبالتأمل فى الدليلين نرى دليل الصاحبين ظاهر المراد اللهم إلا اذا فرضت مسئلة يتحقق فيها ماقاله الامام من وجود منفعة مترتبة على البيع بالغبن الفاحش كما هو قضية آخر دليله . ومن حيث ان له ان يتولى البيع والشراء بنفسه فله ان يوكل بهما من شاء لانه من توابع التجارة اذ ربما لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى المعين وليس هذا خاصاً بالبيع والشراء بل كل تصرف له ان يتولاه بنفسه يصح أن يوكل فيه لان التوكيل هو اقامة الغير مقام نفسه فى تصرف

جائز معلوم ممن يملكه

وكما انه يملك البيع والشراء يملك الرهن والارتهان فله أن يرهن شيئاً من املاكه بدين عليه وأن يأخذ شيئاً من مدينه ليكون رهناعنده حتى يستوفى دينه لان كلا منهما من توابع التجارة اذ الرهن ايفاء للدين والارتهان استيفاءله وان كان ذلك لا يتقرر الا بهلاك المرهون وكما يملك الرهن يملك الاعارة فله أن يعير غيره شيئاً من أملاكه بان يعطيه له لينتفع به زمناً بلامقابل لان التجار لا يستغنون عن ذلك عادة وله أن يأخذ أرض غيره اجارة بأن يزرعها ويكون كل المحصول له ويدفع له عن كل فدان مبلغاً معلوماً من النقود لكل سنة وله أن يأخذ الكرم مساقاة بان يقوم بجميع لوازمه حتى يدرك ثمره ويكون له جزء معلوم منه على حسب الشرط وله أن يأخذ أرض غيره مزارعة بأن يزرعها ويقوم عاملا على الزرع حتى يدرك فيقسم المحصول بينهما حسب الاتفاق وله أن يعطى أرضه لغيره بالاجارة ويؤجر نفسه أيضاً لان ذلك كله يراد به تحصيل المال وهو من صنيع التجارة واذا أقر بان لفلان عنده كذا وديعة أو ديناً صح اقراره لان الاقرار من توابع التجارة لانه متى ملك التجارة ملك ما هو من ضروراتها وملك الاقرار بالديون من ضرورات التجارة لانه يبيع ويشترى فيلزمه الثمن وتسليم المبيع فيحتاج الى أن يقر بذلك لان من ملك شيئاً ملك الاقرار به ولانه لو لم يملك لامتنع الناس من المبايعة معه بثمن مؤجل خوفا من ذهاب أموالهم بسبب التجارة معه فيؤدى الى انقطاع تجارته فوجب ان يملكه ضرورة مالكيته التجارة وهذا ظاهر فى ديون التجارة أو ماهو فى معناها كالغصب والاستهلاك لانه فى معنى دين التجارة اذ هو دين يلزمه

بعوض فلو كان اقراره بغير هذه الديون كما اذا أقر بشيء من تركة أبيه لانسان ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة لا يقبل هذا الاقرار لعدم الحاجة الى القبول لانه ليس من باب التجارة وفي ظاهر الرواية يقبل لان فك حجره بالاذن كانفكاكه بالبلوغ في حق الاموال ورواية الحسن هي الظاهرة .

ولكن يقال اذا كان الولي لا يملك الاقرار عليه فكيف يملكه هو مع أن ولايته مستفادة منه واجابوا عن ذلك بأنه لما انفك الحجر عنه بالاذن صار كأنه انفك بالبلوغ فيقبل اقراره على نفسه بخلاف اقرار الولي لانه اقرار على غيره فلا يقبل (تأمل) .

واذا باع الوصي المأذون له في التجارة شيئاً ووجده المشتري معيباً وأراد رده فللصبي أن يسقط من الثمن بقدر النقص الذي يحدثه العيب في المبيع لانه من صنيع التجارة وقد يكون الحط أنظر له من قبول المعيب فلو كان الحط من غير عيب أو اكثر من العادة لم يجز لانه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجارة فلا ضرورة اليه واذا باع أو اشترى أو آجر أو استأجر بمحاباة أي بأنقص من القيمة بالنسبة للبيع وبأزيد منها بالنسبة للشراء وبنقص في الاجرة عند الايجار وبزيادة فيها عند الاستئجار جاز له ذلك أن كان الغبن يسيراً اتفاقاً لان هذا لا يمكن التحرز منه فلو كان الغبن فاحشاً فالامام يجيزه والصاحبان يلغيانه وقد تقدم دليل كل عند الكلام على البيع والشراء . واذا كان له دين مستحق الدفع في الحال جاز له ان يؤجل أخذه الى زمن معلوم . ويجوز له ان يصالح عن دين له بأن يسقط منه جزءاً ويأخذ الباقي لان كلا من التأجيل والصلح من عادات التجار وكل تصرف هذا

شأنه ينفذ ان باشره — فان كانت التصرفات لا تحتاج اليها التجارة فلا تجوز له مباشرتها وينبنى على ذلك أن الصبي المأذون له فى التجارة ليس له أن يقرض بأن يعطى شخصاً شيئاً من المثليات ينتفع به ويرد اليه مثله بعد زمن معلوم لأنه تبرع ابتداء وهو لا يملكه ولا أن يهب بان يعطى شيئاً من امواله بلا عوض لانه تبرع محض فلو كانت الهبة بعوض لم يجز ذلك أيضاً كما قالوا وينبغي أن يجوز على قول من يجعل الهبة بعوض مشروط فى العقد معاوضة ابتداء وانتهاء وهو الظاهر كما ستعرفه فى شرح مادة (٥٢٨) واذا كان شخص مديناً لآخر فليس للمأذون له أن يضمن ذلك الدين بأن يتعهد للدائن بدفعه لان هذا لا فائدة فيه اذ لو صح ذلك لثبت للدائن مطالبته بالدين المضمون ويجبر على دفعه اذ امتنع وربما يكون المدين معسراً فلا يتمكن من أخذه منه فيعود عليه بالضرر فألغوا الكفالة وكذا لو تزوج لم ينفذ بل يكون موقوفاً على اجازة من له ولاية التزويج لان عقد الزواج ليس كغيره من باقي العقود اذ هو يعقد للعمر لما يترتب عليه من المصالح الدينية والدنيوية فلا بد أن يكون الاختيار مصادفاً محله حتى يعيشا آمنين وهذا لا بد له من نظر تام فى العواقب ولا يقدر على ذلك الا صاحب العقل الكامل وهو الولى

والذى يملك الاذن للصبي بالتجارة من له ولاية التصرف فى المال وهو الاب ثم وصيه ثم الجد الصحيح ثم وصيه ثم القاضى أو وصيه فغير هؤلاء كالعم والأخ والام ووصى كل لا يملك الاذن — والسبب فى ذلك أنه ليس لهم أن يتصرفوا فى ماله بالتجارة فكذلك لا يملكون الاذن فيها والاولون يملكون التصرف فى ماله بها فكذا يملكون الاذن فيها فان قام كل من الاب

أو الجد أو الوصى بالاذن بعد صلاحية الصبي للتجارة فيها والا فللقاضى أن يأذن له وإن كانت ولايته مؤخرة عن ولايتهم والسبب فى ذلك ان الاذن فى التجارة حق الصبي قبل الولى لانه مما ينتفع به اذ يهتدى به الى التجارات فاذا امتنع عن الاذن من له الولاية على أمواله صار مانعاً له من حقه فتنتقل الولاية الى القاضى ومثل هذا الولى فى باب النكاح فانه اذا امتنع من التزويج بدون سبب مقبول انتقلت الولاية الى القاضى وينبنى على ذلك أنه لو حجر عليه أحد من هؤلاء بعد اذن القاضى له فحجره باطل لان الحجر فسخ للاذن والاذن صح من القاضى فلا يبطل بحجر غيره فان حجر عليه القاضى الذى اذن له بعد عزله يكون هذا الحجر لاغيا لانه انما يصح منه الحجر بولاية القضاء فاذا انتفت هذه الولاية انتفت ولاية الحجر فان حجر القاضى الذى قام مقامه صح حجره لان الثانى نائب عن الامام الاكبر فكما يصح الحجر منه يصح من الذى قام مقامه

فالذى علم أن الآذن للصبي اما أن يكون غير القاضى أو القاضى فان كان الاول يبطل الاذن بموته فيصير الصبي محجوراً عليه لانه يتصرف بولايته ورأيه وقد زالت تلك الولاية بالموت وان كان الثانى فلا يلغو الاذن لان اذنه بمنزلة الحكم منه وسائر أحكامه لا تبطل بموته وعزله فكذلك هذا ولو كان الآذن حياً ومنع الصبي من التصرفات صار محجوراً عليه اذا كان أهلا للولاية على أمواله

ومن له الولاية على الصبي له أن يتصرف فى ماله ولو فى حال الاذن له لان ولايته لا تنقطع بالاذن والمعتوه المأذون له كالصبي فى جميع هذه الاحكام —

فالذى علم مما تقدم بالنسبة للحجر على الصغير والمجنون والمعتوه أن التصرفات تنقسم الى ثلاثة أقسام القسم الاول تصرفات ضارة ضرراً محضاً كالهبة والصدقة والعتاق والطلاق . الثاني نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية. الثالث مترددة بين النفع والضرر . والصبي اما أن يكون غير مميز أو مميزاً والمميز اما أن يكون مأذوناً له فى التجارة أو لا فالصبي الغير المميز لا تصح منه التصرفات بجميع أقسامها ومثله المجنون المطبق لان صحة العبارة بالتمييز ولا تمييز عند واحد منهما والصبي المميز إذا كان غير مأذون له فى التجارة تصح تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً ولو لم يجزها الولى وتلغو الضارة له ضرراً محضاً وان أجازها الولى وأما المترددة بين النفع والضرر فانها تكون موقوفة على اجازة من له ولاية على أمواله ومثله المعتوه والصبي المميز المأذون له فى التجارة تنفذ تصرفاته التى هى من صنيع التجار ومثله المعتوه المأذون له والسبب فى ذلك أن الصبي المميز يشبه البالغ من حيث أنه عاقل مميز ويشبه المجنون والطفل الذى لا يميز من حيث أنه لم يتوجه عليه الخطاب وفى عقله قصور وللغير عليه ولاية فألحقناه بالبالغ فى التصرف النافع وبالمجنون فى الضار وفى المتردد بالمعتوه قبل الاذن وبالعاقل البالغ بعده — انظر مادتى (٤٩٢ و ٤٩٣)

(مادة ٤٩٢) يجوز للوصى أن يأذن للصبى بالتجارة اذا جربه فرآه يعقل ان البيع للملك سالب وأن الشراء له جالب وانه يعرف الغبن اليسير من الفاحش وهو ظاهر غير خاف على من يعقل

(مادة ٤٩٣) يجوز للصبي المأذون له فى التجارة البيع والشراء ولو بفاحش الغبن والتوكيل بهما والرهن والارتهان والاعارة وأخذ الارض اجارة ومساقاة ومزارعة والايجار

(الحجر على السفيه)

لما كان السفه يؤدى بصاحبه يوماً من الايام الى سوء العاقبة فيصير عالة على غيره بعد أن كان ذا مال كثير بشهادة قوله تعالى (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسوراً) رتب الفقهاء عليه حكما لمصلحة من اتصف به وهو الحجر - وعرفوا السفه بأنه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل ولو كان فى سبل الخير كبناء المساجد والاوقاف والقناطر فالسفيه يعمل بخلاف موجب الشرع والعقل بل يتبع الهوى ويترك ما يدل عليه الحجى فهو يتصرف تصرفا لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحاً مثل دفع المال الى المغنى واللعاب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن الفاحش فى التجارة من غير محمدة وغير ذلك من التصرفات الفاشية فى هذا الزمان ولكن الفقهاء لم يتفقوا على ترتيب الحجر على السفه بل القائل به أبو يوسف ومحمد وغيرهما من الائمة وأما أبو حنيفة فلا يرتب عليه حجراً ولكل أدلة - أما الصاحبان ومن وافقهما فقد استدلوا بأدلة نقلية وعقلية فمن النقلية قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم) فهذه الآية تفيد صريحا اثبات الحجر على السفيه بطريق النظر له فانه اثبت فيها للولى مباشرة التصرف فى مال السفيه ولا يكون هذا الا

والاقرار بالوديعة وبالدين والحط من الثمن بعيب والمحاباة والتأجيل والصلح . وليس للمأذون ان يقرض ولا يهب ولا يكفل ولا يتزوج الا باذن وليه فى النكاح ولا يمنع الولى والوصى من التصرف فى ماله

بعد منعه من التصرفات وليس هذا سوى الحجر وقوله تعالى (فان كان الذى عليـه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) فهذه الآية تفيد أيضاً اثبات الولاية على السفيه وانه مولى عليه وذلك لا يكون الا بعد الحجر . وما روي أن عبد الله ابن جعفر كان يفنى ماله في الجهاد والضيافات حتى اشترى داراً للضيافة بمائة الف فبلغ ذلك الامام على ابن ابى طالب كرم الله وجهه فقال لآتين عثمان ولاسألنه أن يحجر عليـه فاهتم بذلك عبد الله وجاء الى الزبير وأخبره بذلك فقال أشركنى فيها فأشركه ثم جاء الى عثمان رضى الله عنهما فسأله أن يحجر عليه فقال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير كان معروفاً بالكياسة فى التجارة فاستدل برغبته فى الشركة على أنه لا غبن فى تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب

ومن الادلة العقلية أن النظر لهذا واجب خوفا عليه من سوء المنقلب وليس من النظر أن يمكن من التصرف على وجه لا يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظراً له ولاننا لو قسناه على الصبي لوجدناه مشتركا معه فى علة الحجر بل هى فيه أولى وذلك أن الصبي انما حجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق التبذير منه ولهذا لو بلغ الصبي غير رشيد منع ماله فى الابتداء اجماعا بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد لان ما منع من يده يتلفه بلسانه فيحجر عليه نظراً له

واستدل أبو حنيفة بأن السفيه كامل العقل بدليل انه مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد بخلاف المعتوه والصبي فانهما ناقصا العقل ولهذا لم يكلفا فلا

يمكن القياس عليها ولو كان الحجر عليه نظراً له لكان رفع التكليف عنه اولى
بذلك مع أن الشارع كلفه فعلم أنه لم ينظر اليه لهذا السبب فلا يسعنا الا اتباع
الشارع ولان فى الحجر عليه الحاقا له بالبهائم واهدارا لآدميته وهو أشد
ضرراً من التبذير ومن الامور المتفق عليها أنه لا يتحمل الأعلى لدفع الادنى
ولذا لو كان فى الحجر على شخص دفع ضرر عام حجر عليه كالحجر على المتطبب
الجاهل لان دفع الضرر العام واجب وان كان فيه الحاق الضرر بالخاص
ولا يصح أن نقيس الحجر على السفيه بمنع مال الصبي عنه إذا بلغ غير رشيد
لعدم الاستواء لان الحجر ابلغ فى العقوبة من منع المال ومنع المال مفيد لانه
أكثر ما يتلف بتصرفاته بأن لا يهتدى فيها إلى الصالح لسلامة قلبه فيغبن
فى البياعات فيخسرا وبأن يهب أو يتصدق او يجمع أصحابه من أهل الفسوق
والشرور ويطعمهم ويسقيهم ويسرف فى الانفاق عليهم فاذا لم يسلم اليه ماله لم
يتمكن من ذلك وقال أن الآية الاولى وهى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم الخ)
ليست نصا فى الاحتجاج لهم لان المراد أموالنا لا أموال السفهاء بدليل انه أضافها
الينا لا اليهم وحينئذ يكون المراد من السفهاء الصبيان لان المال اذا سلم اليهم
ضيعوه فيكون المراد بالآية أن نطعمهم ونكسوهم من أموالنا ولا نسلمها اليهم
وكذلك الآية الثانية وهى (فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفاً) الخ
فانه يحتمل أن يكون المراد بها الصبيان والمجانين لان السفيه فى اللغة هو
الخفيف وذلك بنقصان العقل كالصبي المميز أو بعدمه كالمجنون والصغير الذى
ليس له تمييز ومتى وجد الاحتمال سقط الاستدلال - على أننا لو اردنا بالسفيه ما
أرادوا يمكننا أن نقول أن هذه الآية تقتضى نفاذ تصرف السفيه فان الذى عليه

الدين هو الذى لزمه بمداينة نفسه بدليل قوله تعالى فى أول الآية (ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى) ثم قال (وليملل الذى عليه الحق) يعنى الحق الذى لزمه بتلك المداينة ثم قال (فان كان الذى عليه الحق سفيها) أى الحق الذى لزمه بمداينته (فليملل وليه) وهذا ظاهر فان بعض الاشخاص يستدين ويعجز عن الاملال لعدم هدايته الى الحساب أو لقلة ممارسته للاملال لانه يحتاج فيه الى فصاحة وتأليف كلام فيحتاج أن يمل عنه غيره باخباره هو واقراره على نفسه واكثر الناس على هذا اليوم فان الذى عليه الحق لا يؤلف كلاما عليه وانما يعلم ما عليه ثم يؤلف غيره من الكتاب ومع هذا فقد قالت العلماء ان المفتى به مذهب الصاحبين ومن وافقهما لقوة ما استدلوا به . ومع اتفاق الصاحبين على الحجر على السفيه اختلفا فى وقته فقال أبو يوسف لا يصير محجوراً عليه الا بحكم القاضى ولا ينفك حتى يطلقه وقال محمد يحجر عليه من وقت السفه فسفاده فى ماله يحجره واصلاحه فيه يطلقه — واستدل أبو يوسف بأن السفه ليس بشيء محسوس وانما يستدل عليه بالغبن فى تصرفاته وذلك محتمل لانه يجوز أن يكون للسفه ويجوز ان يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المتعاملين واذا كان متردداً بين هذين الامرين فلا يثبت حكمه الا بقضاء القاضى بخلاف الصغر والجنون والعته ولأن الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت حكمه الا بالقضاء بمنزلة الحجر بسبب الدين ولأن الحجر عليه نفسه متردد بين الضرر والنفع لان اهدار أهليته ضرر عليه وابقاء ملكه نظر له فلا بد من القضاء ليترجح أحد الجانبين على الآخر — واستدل محمد بأن العلة فى الحجر هى السفه فمتى تحقق ترتب عليه

موجبه بغير قضاء مثل الصبا والجنون والجامع بين كل أن الحجر لمعنى فى نفسه والقضاء انما يكون عند الخصومة ولا خصومة لاحد هنا بخلاف الحجر بسبب الدين لانه لحق الغير حتى لا يتوى مال الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه حتى يمنعوه ولكن القاضى له عليه الولاية فيتوقف على قضائه المتوقف على طلبهم ألا ترى أنهم لو لم يطالبوا ذلك أو أبرأوه أو أوفاهم حقهم لم يحجر عليه .
وينبنى على هذا الخلاف أن تصرفاته التى باشرها قبل القضاء عليه بالحجر نافذة عند أبى يوسف وموقوفة عند محمد لاحتمال أن يكون فيها مضاحة فاذا رأى القاضى فيها المصلحة نفذها والا ردها كتصرف الصبي والمعتوه ومذهب محمد ظاهر المراد لانهما متفقان على أن الحجر عليه انما هو لفائدة تعود اليه وهى حفظ ماله حتى لا يصبح عالة على غيره فاذا لم يكن الحجر عليه من وقت السفه انعدمت تلك الفائدة اذ ربما يتصرف الشخص فى جميع أمواله بيعاً بأبخس الاثمان وهبة بلا مقابل ويشترى شيئاً بأضعاف قيمته ويؤجر شيئاً من أملاكه بأجر زهيد ويستأجر ملك غيره بأجرة فاحشة ويتمادى على هذه التصرفات حتى يرفع الامر الى القاضى الذى يريد ان يستكمل الامور الشرعية لصحة الدعوى والبحث وراء الحقيقة وهذا بلا شك يستغرق زمناً ليس بالقليل فعند الحجر عليه قد لا يكون عنده شيء أصلا أو عنده ولكنه لا يستحق الذكر بالنسبة لما كان يملكه وتصرف فيه وحينئذ تنعدم فائدة الحجر وهذا غير لازم على مذهب محمد فانه يلغى جميع تصرفاته التى من هذا القبيل فتحفظ عليه أملاكه بدون شيء أو يرد ما أخذ من الاثمان القليلة التي يكفى لسدادها بيع شيء واحد مما تصرف

فيه - انظر مادة (٤٨٩)

والسفيه وان اشترك مع الصبي المميز فى الحجر على القول المفتى به الا أنه ليس مثله فى جميع الأشياء بل يخالفه فى بعضها فيكون مثله بالنسبة للتصرفات التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كالبيع والشراء والايجار والاستئجار والرهن والارتهان وحينئذ اذا باشر تصرفاً من هذه التصرفات يكون موقوفاً على إجازة القاضى أو من ولاه عليه لان فائدة الحجر عدم النفاذ فان كانت فيه مصلحة أجازه والا ردّه . ويخالفه فى أشياء . منها التصرفات التى لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل فيجوز له التزوج فان لم يسم شيئاً أو سمى وكانت التسمية فاسدة وجب مهر المثل وأما إن سمى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل لان التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه مقدار مهر المثل وما زاد عليه انما يلزم بالتسمية وهو ليس من أهل التزام المال فلا يلزمه وان طلق يقع طلاقه لان الفرض أن السفيه كامل العقل والطلاق لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه . ومنها وجوب الانفاق على نفسه وولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوى ارحامه من ماله لان احياء ولده وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذى الرحم المحرم واجب عليه حقاً لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس. ومنها

(مادة ٤٨٩) اذا أقيمت البينة على حرّ مكلف وثبت لدى الحاكم الشرعى انه سفيه يحجر عليه ويمنعه من جميع التصرفات التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل فيكون حكمه فيها كحكم الصغير ولا تنفذ عقوده بعد الحجر الا باذن الحاكم وأما تصرفاته قبل الحجر فهي جائزة نافذة

زوال ولاية أبيه أو جده على أمواله فليس لواحد منهما ان يبيع عليه ماله ولا
يشترى له الا باذن الحاكم وهذا بخلاف الذى لم يبلغ فان كلا من الاب والجد
والوصى يملك ذلك . ومنها صحة اقراره بالعقوبات فاذا أقر على نفسه بوجوب
القصاص فى نفس أو فيما دونها عوقب بمقتضى اقراره . ومنها صحة وصاياه فى
سبل الخير ولكن لا تنفذ الوصايا من كل المال بل من الثلث ومحل ذلك ان
كان له وارث ولم يجز الوصايا فان لم يكن أو كان وأجاز نفذت من كل المال
وستعرف هذا الكلام بما لا مزيد عليه فى الوصية وصحة وصاياه مأخوذ فيها
بالاستحسان والقياس عدم الصحة لان الوصية تبرع وان كان التمليك
لا يكون الا بعد الوفاة فكما لا تجوز تبرعاته حال حياته كذلك لا تصح بعد
وفاته — ووجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كى لا يتلف ماله ويبقى
كلاً على غيره وذلك يكون حال حياته فيما اذا أتلف جميع ماله بتبرعاته لا فيما
ينفذ من الثلث أو من الكل بعد وفاته أى حال استغنائه عن ماله خصوصاً
أن الوصية فى أبواب الخير فيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته
بالجميل . ومنها وجوب العبادات سواء كانت بدنية محضة كالصلاة أو مالية محضة
كالزكاة أو مركبة منهما كالحج لانها واجبة بايجاب الله تعالى والسفيه مكلف
بخلاف الصبى فالسفه لا يبطل حقوق الله تعالى ولا حقوق العباد الا ان
القاضى يدفع اليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لأن الواجب عليه
الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنيته ولكن
يأمر القاضى أميناً يراقبه كى لا يصرفها فى غير مصرفها بخلاف النفقة الواجبة
عليه لغيره فإن القاضي يسلمها الى أمينه ليصرفها الى مستحقها اذ لا يحتاج فيها الى

النية فاكتفى فيها بفعل الامين — أنظر مادة (٤٩٠)

فالذى علم ان الامام الاعظم لا يقول بالحجر على السفيه مستدلا بأن فى الحجر عليه اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهذا أشد ضرراً من التبذير ولا يحتمل الأعلى لدفع الأدنى ولذا لو كان فى منع شخص عما يرتكبه دفع ضرر عام فانه يوافق الصاحبين فى الحجر ولو ترتب عليه الحاق ضرر خاص به وينبنى على ذلك منع الاشخاص الآتية عما يرتكبون اتفاقاً فالمفتى الماجن يمنع عن الفتوى وهو الذى يفتى عن جهل أو يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة وكتعليم شخص صاحب مال هبة ماله قبل حولان الحول بيوم مثلا لمن يثق منه برده اليه ليسقط بذلك حق الفقراء الذي فرضه الله عليه وهو الزكاة لضرره بالدين والمتطبب الجاهل يمنع عن تعاطى صنعة الطب لاضراره بالابدان وهو الذى يسقي الناس دواء مهلكا أو اذا قوى عليهم الدواء فلا يقدر على ازالة ضرره والمكارى المفاس يمنع من تعاطى هذه الصنعة وهو الذى يتقبل الكراء ويؤجر الدواب وأدوات النقل لحمل الأثقال فى زمن مخصوص وليس له دواب يحمل عليها ولا له مال يشترى به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويصرف هو ما أخذه منهم فى قضاء حاجته فاذا جاء الوقت المعين لذلك يختفى فتذهب

(مادة ٤٩٠) لا يحجر على السفيه البالغ الحرّ فى التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل فتجوز له هذه التصرفات كالنكاح والطلاق والانفاق على من تجب عليه نفقتهم وتزول عنه ولاية الاب أو الجد ويصح اقراره على نفسه بوجوب القصاص في النفس أو فيما دونها وتصح وصاياه في سبيل الخير من ثلث ماله ان كان له وارث

أموال الناس وتفوت حاجاتهم واذا أراد شخص الاشتغال بحرفة وهو متقن لها أو أراد تعلمها فتعرض له بعض أهل تلك الحرفة من التعرض لان احتكار الحرف غير جائز — وبالتأمل نرى أن هذا ليس من الحجر المصطلح عليه لانه ليس منعاً لنفاذ التصرفات وانما هو منع حسى بدليل ان المفتى لو أفتى بعد الحجر وأصاب جازت فتواه وكذلك الطبيب لو باع الادوية نفذ بيعه وحينئذ يكون فى منع هؤلاء المفسدين للاديان والابدان والاموال دفع اضرار بالخاص والعام فهو من باب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ولذا لا يقتصر فى هذا الموضوع على هذه الاشياء بل يكون داخلا فيه ما اذا تعدوا فى البيع القيمة فان الحاكم ينظر ويمنع الناس من ذلك وكذا المحتكر للطعام والناس فى احتياج اليه وكل ما هو من هذا القبيل — أنظر مادة (٤٩١)

الحجر على المدين

اعلم أن الخلاف الجارى بين الامام وصاحبيه فى الحجر على السفيه جار فى الحجر على المدين أيضاً فاذا كان شخص مديناً وطلب الدائنون ديونهم وأثبتوها بأى طريق من طرق الاثبات وطلبوا من القاضى الحجر عليه فالامام الاعظم يرى أن القاضى لا يجيبهم الى هذا الطلب بل ان كان له مال أمره بأداء ما عليه فان امتثل فبها وان لم يمتثل حبسه ليتولى هو بيع ماله ويقضى الدين من ثمنه لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه القاضى دفعاً لظلمه وايصالا للحق الى مستحقه ولا يكون ذلك اكراهاً على

(مادة ٤٩١) يمنع المفتي الماجن الذى يعلم الناس الحيل الباطلة أو يفتي عن جهل والطبيب الجاهل والمكارى المفلس ومن يحتكر الحرف

البيع لان المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأى طريق كان ان شاء بيع أمواله وان شاء بسبب آخر فلا يكون ذلك اكراها على البيع عيناً واستدل الامام بأن فى الحجر عليه اهدار أهليته والحاقه بالبهائم وهذا ضرر عظيم فلا يجوز الحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم فى ماله لان هذا ليس سوى الحجر عليه وقد منعناه خصوصاً وأن البيع لا يجوز الا بالتراضى وقال الصاحبان يجيبهم القاضى الى هذا الطلب لما روى أن معاذاً ركبه دين فباع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بالحصص بين غرمائه ولان فى الحجر عليه نظرا للغرماء كى لا يلحق بهم الضرر بالاقرار والتلجئة وهو أن يقر به لانسان ثم ينتفع به من جهته على ما كان ولان البيع واجب عليه لايفاء دينه ولذا يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضى منابه كما فى العنة وغيرها ولا يخفى عليك بعدما تقدم لك من الادلة أن مذهب الصاحبين هو الظاهر

والحجر على السفيه والمدين وان كان الغرض منه حفظ المال الا أنه يختلف بالنسبة للاشياء الآتية . أولا أن الحجر على السفيه مراعى فيه حق الشخص نفسه والحجر على المدين انما هو لحق الغير وهم الدائنون . ثانياً الحجر على السفيه يكون فى كل التصرفات التى تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل كما عرفته فى مبحثه واما الحجر على المدين فانما يكون بالنسبة للتصرفات التى تضر بصالح الغرماء كالهبة والوصية وبيع شىء من أملاكه بأقل من قيمته وشرائه بأكثر من القيمة . ثالثاً الحجر على السفيه يتناول المال الموجود وقت الحجر والمال الذى اكتسبه بعده ولكن الحجر على المدين لا يكون إلا

بالنسبة لما له الموجود وقت الحجر وينبني على ذلك أنه اذا أقر بدين فى حالة الحجر لزمه ذلك لكن لا يؤخذ الا بعد قضاء الديون لانه تعلق بالمال الموجود وقت الحجر حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار به لغيرهم وهذا بخلاف ما اذا استهلك مالا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك لان الاستهلاك فعل حسى ولا حجر فى الافعال الحسية لانه لا يتأتى رفعها بعد وقوعها والسبب مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الاقرار لان اعتباره شرعى فأمكن الحجر فيه ولانه غير مشاهد فيحتمل أن يكون كاذباً فيرد اقراره للتهمه حتى لو انتفت بأن كان سبب وجوب الدين المقر به ثابتا عند القاضى بعلمه أو بشهادة الشهود شارك المقر له الغرماء ويؤخذ من هذا انه لو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم فى يده وقت الحجر لا بالمستفاد بعده

وبعد ما يحجر القاضى على المدين يأمره بقضاء دينه بأى طريق كان فان امتثل فبها وان لم يمتثل ولم تكن لديه نقود ظاهرة باع القاضى عليه من أمواله ما يفى بدينه فان كانت أمواله لا تفى بالديون باع القاضى جميعها وقسم ثمنها بين الدائنين قسمة تناسبية بان يأخذ كل من الدائنين من ثمن ما يباع بنسبة دينه فاذا فرض أن شخصاً مدين بالفى جنيه مثلا لثلاثة أشخاص لاحدهم الف وللآخر ستمائة وللثالث أربعمائة وجميع أمواله لا تساوى الا الف جنيه قسم هذا المبلغ بينهم على نسبة ديونهم وطريق معرفة ذلك أن تقسم ماعنده من المال على جميع الديون وتضرب خارج القسمة فى دين كل منهم فالخارج هو ما يخص ذلك الدائن ففى المثال المتقدم بلغ جميع الديون الفى جنيه

وأمواله التي يمتلكها الف فبقسمته على الالف يكون خارج القسمة نصفاً وبضربه فى دين كل منهم يحصل لكل منهم نصف دينه هكذا

$$\frac{١٠٠٠}{٢٠٠٠}=\frac{٥٠٠}{١٠٠٠}=\frac{٢٥٠}{٥٠٠}=\frac{٢٥}{٥٠}=\frac{١}{٢}$$

و $\frac{١}{٢}\times ١٠٠٠=\frac{١٠٠٠}{٢}=\frac{٥٠٠}{١}=$ ٥٠٠ فيكون هذا نصيب الدائن بألف.

ونصيب الدائن بستمائة وكذا نصيب الدائن باربعمائة ينتج بمثل هذا العمل وقس على ذلك كل مثال يرد عليك من هـذا القبيل ولك أن تقول من أول الامر حيث أن جميع امواله تساوى نصف الديون فكل يأخذ نصف دينه فان كان يساوى الثلث فكل يأخذ ثلث دينه وهكذا فاتبع ما يسهل عليك فان الغرض الوصول الى المقصود بأى طريق كان ومن حيث أن القاضى نصب ناظراً فينبغى أن ينظر للمدين كما نظر الى الدائن وينبنى على ذلك أنه يبدأ ببيع ما هو أنظر للمدين فيبيع أولا العروض بادئاً بما يخشى عليه التلف ثم بما لا يخشى عليه منه لان العروض قد تعد للتقليب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر فى بيعها فان لم يف ثمنها بالدين باع العقار لأن العقار يعد للاقتناء فيلحقه ضرر ببيعه فلا يبيعه الا عنـد الضرورة ولـكن عنـد ما يبيع القاضى أمواله لقضاء دينه فلا يبيعها كلها ولو كانت مستغرقة بالدين بل يترك له النفقة الكافية له ولمن تلزمه نفقته سواء كان زوجة او غـيرها ولا شك فى أن النفقة تشمل السكنى والكسوة والطعام فيترك له بيتـاً يسكن فيه هو ومن تلزمه نفقته على حسب حاله ودرجته فى الهيئة الاجتماعية ومن الثياب كذلك ومن الطعام ما يكفيه الى أن يحصل على شيء آخر

بحسب ماهو مستعد له من الكسب فان كان كسبه يومياً أواسبوعياً أوشهريا أو سنوياً ترك له ما يكفيه هذه المدة لانه بعد مضيها يحصل على شيء جديد ينفق منه ولا شك ان كل هذه الاحكام اذا كان المدين عنده مال سواء كان وافياً بديونه أو غير واف بها فان ثبت لدى القاضى أنه لا يملك شيئاً منع الدائنين من التعرض له لثبوت عسرته فوجب انظاره لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة)

﴿ الحجر على صاحب الغفلة ﴾

صاحب الغفلة هو الشخص الذى لا يهتدى الى التصرفات الرابحة لسلامة قلبه فيغبن فى تصرفاته وهذا لا يحجر عليه أيضاً عند الامام الاعظم وقال الصاحبان ومن وافقهما يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظراً له ولانه كان فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم رجل يسمى منقذ بن عمرو وكان يغبن فى البيع فرفع أهله أمره الى النبي طالبين الحجر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكره عليهم بل أحضره ونهاه عن البيع فقال يانبي الله انى لا اصبر عن البيع فقال ان كنت غير تارك له فبايع وقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثا فلو لم يكن الحجر مشروعاً لما أقرهم على هذا الطلب والامام الاعظم يقول ان هذا الحديث لا يدل على الحجر بل على عدمه لانه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم إلى طلبهم وانما قال له قل لا خلابة الحديث ولو كان الحجر مشروعاً لاجابهم اليه ومذهب الصاحبين ظاهر المراد والدليل العقلى يشهد له وكذا الدليل النقلي بعد تأمل اللبيب فى مغازي الحديث

الفصل الثانى

فى سن التمييز والمراهقة والبلوغ

لما كان للصبي والصبية أحكام تخالف أحكام البالغ منهما وزمن الصبا ليس فى حكم واحد بين الفقهاء أطوار الصبا ليبنوا على كل طور منها الاحكام المناسبة له فجعلوا أدوار الولد سواء كان مذكراً أو مؤنثاً قبل البلوغ ثلاثة الدور الاول عدم التمييز — الدور الثانى دور التمييز — الثالث المراهقة فما دام الولد سواء كان مذكراً أو مؤنثا لم يبلغ سبع سنوات يكون فى الدور الاول وفى هذه المدة لا تصح جميع تصرفاته ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً لان صحة العبارة تبنى على التمييز ولا تمييز عنده فتلغو جميع تصرفاته كالمجنون ولو فرض أن لبعض الصبيان تمييزاً جيداً لم يعتبر أيضاً اذ المدار على بلوغ هذا السن لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض عنده ذلك التمييز لا يبني الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية

وما دام الولد فى هذه المدة لا ينزع من الحاضنة ويسلم للاب لانه فى هذا الدور يحتاج الى من يقوم بخدمته وتربيته ولا شك ان الام أو غيرها من الحاضنات أقدر على القيام بشؤونه ما دام كذلك فتكون مصلحته فى البقاء عندها

فاذا بلغ سبع سنين فقد دخل فى الدور الثانى فيعتبر مميزاً وحينئذ تكون له أحكام تخالف أحكامه فى الدور الاول فتنفذ تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة والصدقة وان لم يجزها الولى أو الوصي وتتوقف عقوده الدائرة

بين النفع والضرر كالبيع والشراء على اجازة الولى أو الوصى وتلغو عقوده المضرة له ضرراً محضاً كالهبة والوصية وكل من البيع والشراء وان وقع فى بعض الاحايين نفعاً محضاً بأن باع شيئاً بضعف قيمته أو اشترى شيئاً بنصف قيمته مثلا الا ان العبرة بأصل الوضع دون ما يعرض باتفاق الحال وكل منهما فى أصل وضعه متردد بين النفع والضرر بخلاف الهبة لانها ضرر محض بحسب أصلها فلا ينظر الى ما يعرض لها فى بعض الاوقات من أنها قد تكون نفعاً محضاً بحسب ما يترتب عليها لان الفقه انما ينبنى على المظان الكلية

ومتى بلغ الولد هذا السن فان كان مذكراً انتهت مدة حضانته فيؤخذ من الحاضنة ويسلم الى أبيه وان كان مؤنثاً تترك عندها الى ان تبلغ تسع سنوات فتنزع منها وتسلم الى الاب والسبب فى ذلك ان الولد له حقوق على الوالدين ومن حقوقه مراعاة مصلحته ومصلحته تقتضى ذلك اذ الولد متى صار مميزاً واستغنى عن خدمة النساء دخل فى دور الاستعداد لما يلزمه فى مستقبل الايام فان كان مذكراً سلم الى الاب لينظر فيما هو مستعد له من تعلم علم أو صنعة ويوجهه اليه اذ هو أقدر من الحاضنة على ذلك وان كان مؤنثاً احتاجت الى تعلم الامور المنزلية التى ستكلف بها فى مستقبل الايام ولا شك ان الحاضنة أقدر على هذه الأشياء من الاب أو غيره من العصبات؛

ومتى بلغ المذكر اثنتى عشرة سنة والانثى تسع سنين كان كل منهما مراهقاً أى مدانياً للحلم فالمراهقة القرب من الشىء يقال رهقه رهقاً أى دنا منه ومن هذا المعنى قوله عليه الصلاة والسلام « اذا صلى أحدكم الى سترة فليرهقها »

فان ادعى كل منهما البلوغ بالاحتلام وكان الظاهر لا يكذبه بأن كان

بحال يحتلم مثله فيها قبل قوله لانه أمر لا يوقف عليه الا من جهته فيقبل فيه قوله كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض ولكن عندما يدعى البلوغ يسأله القاضى ويستفسر منه عن كل شيء يوصله الى الحقيقة احتياطاً كما هو الشأن فى كل دعوى لأنه من الجائز ان يلقن الاقرار لفائدة تعود على الملقن كما هو شأن كثيرين فى هذا الزمان ومتى ثبتت الدعوى وحكم القاضى كانت أحكامهما أحكام البالغين — أنظر مادة (٤٩٤)

فقد علمت أنه متى بلغ سن الغلام اثنتى عشرة سنة والانثى تسع سنين فقد دخل كل منهما فى دور يحتمل ان يبلغ فيه ولذا يقبل قوله اذا ادعاه بالطريقة المتقدمة . والبلوغ له علامات تختلف بحسب الذكورة والانوثة فبالنسبة للمذكر يعرف بالاحتلام مع الانزال أو بالانزال بأى سبب كان أو بالاحبال والاصل هو الانزال فان الاحتلام لا يعتبر الا معه والاحبال لا يتأتى الا به وبالنسبة للانثى يعرف بالحيض أو الحبل أو الاحتلام مع الانزال فان ظهر شيء من هذه العلامات حكم ببلوغ كل منهما وان لم يظهر فلا يحكم ببلوغهما الا بالسن اتفاقاً ولكن اختلفوا فى مقدار ذلك السن فقال الامام الاعظم هو للغلام ثمانى عشرة سنة وللانثى سبع عشرة سنة وقدره الصاحبان بخمس عشرة سنة بالنسبة لكل منهما . واستدل الصاحبان بما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما انه قال « عرضت على رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع

(مادة ٤٩٤) سن التمييز للولد سبع سنين فاكثر فاذا بلغ سن الغلام سبع سنين ينزع من الحاضنة وتنتهى مدة حضانته وفى الانثى تنتهى ببلوغها حد الشهوة وقدر بتسع سنين وهو سن المراهقة لها وسن المراهقة للغلام اثنتا عشرة سنة

عشرة سنة فلم يجزنى » أى فى المقاتلة « وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى » فالظاهر أنه عليه الصلاة والسلام لم يجزه الا لانه بلغ ولم يرده الا لانه لم يبلغ ولان البلوغ لا يتأخر عن هذا السن عادة وهو احدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده) وأشد الصبى ثمانى عشرة سنة هكذا قال ابن عباس وقيل اكثر من ذلك فاقل ما قيل هو المذكور فوجب تعليق الحكم به للاحتياط غير ان الاناث نشؤهن وادراكهن أسرع فزدنا فى حق الغلام سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التى يوافق واحد منها المزاج لا محالة فيقوى فيه وقول الصاحبين هو المفتى به — أنظر مادة (٤٩٥)

ومتى ثبت بلوغ الولد سواء كان مذكراً أو مؤنثاً باحدى العلامات المتقدمة أو بالسن فأما ان يكون كل منهما غير عاقل أو عاقلا وان كان عاقلا فاما ان يكون رشيداً أى محسناً للتصرف فى ماله أو لا . فان كان غير عاقل بأن كان مجنوناً أو معتوهاً فلا تزول عنه الولاية بل يكون صاحب الولاية على النفس والمال متصرفاً كما كان قبل البلوغ وان كان عاقلا ولكنه غير محسن للتصرف فى ماله زالت عنه الولاية على النفس من حيث الزواج وبقيت ولاية المال ويترتب على هذا أن الولد له ان يزوج نفسه بدون مدخل للولى ولكن المقام فيه تفصيل

(مادة ٤٩٥) بلوغ الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال وبلوغ البنت بالحيض والحبل والاحتلام مع الانزال فان لم تظهر هذه العلامات يحكم ببلوغهما اذا بلغا من السن خمس عشرة سنة

وبيانه ان الولد ان كان مذكراً فله ان يتزوج من شاء وليس للولى حق الاعتراض وان كان مؤنثا فان زوجت نفسها بكفء وبمهر المثل نفذ العقد ولزم وليس للولى حق الاعتراض أيضا لانه لا يلحقه ضرر في هذه الحالة وان تزوجت بكفء ولكن المهر أقل من مهر المثل كان للولى العصبة حق الاعتراض على الزوج فاما ان يتم مهر المثل وأما ان يرفع الولى الامر الى القاضى ليفسخ العقد وان تزوجت بغير كفء ولو كان المهر اكثر من مهر المثل كان العقد غير صحيح الا اذا رضى الولي قبل العقد بزواجها منه وقد تقدم لك هذا المقام بما لا مزيد عليه في شرح مادتى (٥١ و٥٢) فارجع اليه ان شئت – وأما الولاية على المال فلا تزول فى هذه الحالة بل تبقى مستمرة الى أن يظهر رشده ولو بلغ من السن ما بلغ عند الصاحبين وقال الامام تستمر الى أن يبلغ خمسا وعشرين سنة مالم يؤنس رشده قبلها فيسلم اليه ولو كان مبذراً وقد عرفت هذا المقام فى شرح مادة (٤٧٨) وان كان عاقلا محسنا للتصرف فى ماله زالت عنه الولايتان — أنظر مادة (٤٩٦)

واذ كان الولد قبل البلوغ لا يمكنه أن يميز الضار من النافع له تماماً لنقص عقله نظر اليه الشارع وهو أعلم بمصالحه نظر حكيم فلم يجعل له تصرفا فى نفسه بل حكم بان يكون قبل بلوغه سن التمييز عند من هو أقدر على القيام

(مادة ٤٩٦) اذا بلغ الصبى والصبية رشيدين تزول عنهما ولاية الولى أو الوصى ويكون لهما التصرف فى شؤون أنفسهما ولا يجبران على النكاح الا اذا كان بهما عته أو جنون ولا تزول عنهما ولاية الولى أو الوصى في المال بمجرد البلوغ بل بظهور الرشد وحسن التصرف فى المال

بلوازمه في هذا الدور وهي الام فاذا بلغ سن التمييز وذلك هو الدور الثاني فان كان مذكراً سلم الى الاب ليعده الى ما ينفعه في مستقبله وان كان مؤنثاً أقام عند الام سنتين لتستعد فيهما الى ما هي مطالبة به في المستقبل وبعدهما تسلم للاب لقدرته على صيانتها بعد بلوغها حد الشهوة ولهذا لا يخير الولد قبل البلوغ سواء كان مذكراً أو مؤنثاً ليقيم عند من يختاره منهما بل يكون عند كل واحد منهما في الدور الذي رأى الشارع فيه مصلحته ولو خالف رأيه لان رأيه غير معتد به والشارع حكيم وضع الاشياء في محلها — انظر مادة (٤٩٧)

فاذا بلغ الغلام فاما أن يكون غير مأمون على نفسه واما أن يكون مأموناً فان كان الاول فلا خيار له أيضاً بل يبقى عند الاب اذ هو اقدر على ملاحظته وصيانته وان كان الثاني خير في الاقامة وحينئذ تتبع مشيئته فان اختار الاقامة عند أحد أبويه أجيب الى طلبه وان رغب الانفراد اتبعت رغبته — أنظر مادة (٤٩٨).

وان بلغت الانثى فاما أن تكون ثيباً واما أن تكون بكراً فان كانت ثيباً فحكمها حكم الغلام وإن كانت بكراً فاما أن تكون مأمونة على نفسها أولا فان لم تكن مأمونة فلا خيار لها بل تلزم بالاقامة عند الاب ان كان موجوداً فان لم يكن فالجد ثم العصبات بالترتيب اذا كانوا مأمونين عليها وان كانت مأمونة على نفسها فما دامت شابة صالحة للرجال فلا تخير ايضاً بل تلزم بالمقام عند

(مادة ٤٩٧) لا خيار للولد بين أبويه قبل البلوغ ذكراً كان أو أنثى

(مادة ٤٩٨) اذا بلغ الغلام رشيداً وكان مأموناً على نفسه فله الخيار بين أبويه فان شاء أقام عند من يختاره منهما وان شاء انفرد عنهما

من ذكروا وأما اذا صارت مسنة بان صارت عجوزاً شوهاء كما يظهر من كلامهم ومن تعريف المسن فى كتب اللغة وكانت عفيفة فلا تجبر على الاقامة عندهم بل يتبع رأيها وانما اختلف حكم البكر والثيب لان العار الذى يلحق الاقارب من وقوع ما يشين عرض البكر أسوأ مما يلحقهم من جهة الثيب والمحافظة على الاعراض فوق كل محافظة — انظر مادة (٤٩٩)

الباب الثالث

(فى الهبة)

الفصل الاول فى أركان الهبة وشرائطها

اعلم أن العقد وان كانت أقسامه كثيرة الا أنه يمكننا أن نقسمه بحسب المراد هنا الى أربعة أقسام لانه اما أن يكون بعوض أو بغيره وعلى كل فاما أن يكون وارداً على تمليك نفس الشيء واما ان يكون وارداً على تمليك المنفعة فان ورد على تمليك الشيء وكان بعوض فهو بيع وان ورد على تمليك المنفعة وكان بعوض أيضاً فهو اجارة وان ورد على تمليك الشيء بغير عوض فهو الهبة وان ورد على المنفعة بغير عوض سمى اعارة والموضوع الآن هو الهبة ومن حيث أن كل عقد لا بد له من تعريف وأركان وشروط وحكم والهبة عقد فتحتاج الى ذلك

(مادة ٤٩٩) اذا بلغت الانثى مبلغ النساء فان كانت بكراً شابة أو ثيباً غير مأمونة فلا خيار لها ولأبيها أو جدها ضمها اليه وان كانت بكراً ودخلت فى السن واجتمع لها رأى وعفة أو ثيباً مأمونة على نفسها فليس لاحد من أوليائها ضمها اليه

﴿ تعريف الهبة ﴾

الهبة لها معنيان معنى فى اللغة ومعنى فى الاصطلاح فمعناها فى اللغة هو التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقاً أى سواء كان مالا أو غير مال بدليل قوله تعالى (ووهبنا له اسحاق ويعقوب) وقال جل شأنه (يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكراناً وإناثاً ويجعل من يشاء عقيما انه عليم قدير) ولما كان التفضل على الغير مأخوذاً فى مفهومها لغة كانت من صفات الكمال ولذا وصف الله تعالى بها نفسه فقال (ام عندهم خزائن رحمة ربك العزيز الوهاب) ومن باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة شح النفس وادخال السرور على الموهوب له وتوثيق عرا المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد قال عليه الصلاة والسلام « تهادوا تحابوا » والفعل يتعدى بنفسه وباللام وبمن فيقال وهبه كذا ووهب له ومنه كما ورد التصريح بذلك فى أحاديث كثيرة وهى فى الاصل مصدر محذوف الاول عوض عنه هاء التأنيث فاصلها وهب بتسكين الهاء وتحريكها

ومعناها فى اصطلاح الفقهاء تمليك العين فى الحال مجاناً ومن القواعد المقررة ان التعريف يجب أن يكون جامعاً لجميع أفراد المعرف مانعاً من دخول الغير فيه وهذا التعريف كذلك فان العقود التى تدخل فى شيء من هذا التعريف تخرج عنه بقيد آخر فيه اذ الوصية وان كان فيها تمليك العين مجاناً لكن ليس التمليك فى الحال بل هو مضاف الى ما بعد الموت والاجارة وان كان فيها التمليك الا أنه وارد على المنفعة ومع ذلك فهو بعوض وهو الاجرة

والتمليك فى البيع ليس مجاناً بل هو فى مقابلة الثمن وليس التمليك فى العارية وارداً على العين بل على المنفعة وبهذا ظهر ان التعريف مانع من دخول غير المعرف فيه وهو جامع لجميع افراد المعرف أيضاً لان الظاهر ان الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء كما ستعرفه فى شرح مادة (٥٢٨)

﴿ أركان الهبة ﴾

اركان كل عقد اثنان وهما الايجاب والقبول فالايجاب هو ما صدر أولا من كلام أحد المتعاقدين والقبول هو ما صدر ثانياً من كلام الآخر ومن حيث ان الهبة عقد فأركانها ما ذكر ولا يشترط للايجاب فى كل عقد الفاظ مخصوصة اذ الغرض الاتيان بما يدل على تعين العقد وينبنى على ذلك انه اذا قال شخص لآخر وهبتك هذا الشىء أو ملكته لك بدون مقابل أو جعلته لك أو أعمرتك كذا أو أطعمتك هذا الطعام وما فى معنى هذه الالفاظ كان كل ذلك هبة لان وهبت صريح فيها وملكت وان كان محتملا لها ولغيرها مثل البيع الا ان قوله بعد ذلك بدون مقابل ينفى غيرها ولان اللام فى قوله جعلته لك للتمليك فصار كأنه قال ملكتك هـذا الثوب ولم يشترط بدلا ولقوله عليه الصلاة والسلام « من أعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده » ولان الاطعام اذا أضيف الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يراد به التمليك بغير عوض وليس هذا سوى الهبة بخلاف ما اذا أضيف الى شىء ينتفع به مع بقائه مثل أطعمتك هذه الارض فيكون المراد به ما يستغل منها فيحمل على العارية وكما انه لا يشترط للايجاب الفاظ مخصوصة فكذلك القبول

فاذا صدر من الموهوب له بعد الايجاب من الواهب لفظ يدل على رضاه به مثل قبلت أو أخذت أو رضيت اعتبر ذلك قبولا بل اللفظ غير شرط اذ القبول كما يكون باللفظ يكون بالفعل وهو القبض . ولا يكون القبض معتبراً يتعلق به تمام الهبة وثبوت حكمها وهو الملك الا اذا كان باذن المالك والاذن تارة يثبت نصاً وصريحاً وتارة يثبت دلالة وان كان الحكم ليس واحداً لان الواهب أما ان يأذن الموهوب له بالقبض صريحاً كاقبضه أو ينهاه عن قبضه أو يسكت فان كان الاول وقبضه فى المجلس أو بعد الافتراق عنه صح القبض وان كان الثانى فلا يصح سواء كان فى المجلس أو بعده وان كان الثالث فان قبضه فى المجلس صح وبعده لا يصح — والقبض يكون فى كل شىء بما يناسبه فهو يختلف باختلاف الموهوب لانه ان كان منقولا وليس داخل شىء يكون بأحد أمرين وهما المناولة والتخلية وان كان داخل شىء كما اذا كان فى صندوق مثلا يكون بدفع المفتاح الى الموهوب له ان لم يكن مفتوحاً وان كان عقاراً فلا يتأتى الا بالتخلية وهى أن يخلى الواهب بين الموهوب والموهوب له على وجه يتمكن من قبضه بأن لا يكون هناك مانع من الاستيلاء عليه وبعضهم يقول القبول ليس بركن فى الهبة ولكن الظاهر انه ركن كباقى العقود فلا تتم بدونه - أنظر مادة (٥٠٠)

﴿ شروط الهبة ﴾

من المعلوم انه لا يتأتى وجود أى عقد الا اذا كان هناك عاقدان

(مادة ٥٠٠) تصح الهبة بايجاب من الواهب وقبول من الموهوب له والقبض تقوم مقام القبول

ومعقود عليه وكل له شروط يلزم وجودها ليكون العقد مستوفياً جميع مايلزم لصحته فشروط الهبة أنواع منها ما يرجع الى الواهب ومنها ما يرجع الى الموهوب ومنها ما يرجع الى الموهوب له ومنها ما يرجع الى نفس الركن فالشروط التى ترجع الى نفس الواهب هى ان يكون من أهل التبرع ولا يكون كذلك الا اذا كان حراً عاقلاً بالغاً مالكا للموهوب لان الرقيق لا يملك شيئاً فلا يتأتى ان يملك ولان عبارة المجنون غير صحيحة اذ صحة العبارة تبنى على التمييز وهو غير مميز والمعتوه مثله فى الهبة لانها من التصرفات المضرة له ضرراً محضاً ولان البلوغ شرط فى صحة عقود التبرعات والصغير ان كان غير مميز فهو كالمجنون وان كان مميزاً فالهبة من العقود الضارة وهى لا تصح منه وانما اشترطوا ملك الواهب للموهوب لان تمليك ما ليس بمملوك له باطل ولكن هذا ليس شرطاً للصحة بل هو شرط للنفاذ اذ لو وهب شخص ملك غيره صحت الهبة وكانت موقوفة على اجازة المالك فان شاء ألغاها وان شاء أمضاها أنظر مادة (٥٠١)

والموهوب له لا يملك الا بالقبض وقال الامام مالك وابن أبى ليلى من الحنفية يثبت الملك له قبل القبض كالمشترى فانه يملك المبيع قبل قبضه متى كان البيع صحيحاً نافذاً لازماً وعلى هذا الخلاف الصدقة. واستدلت الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام « لا تجوز الهبة الا مقبوضة » والمراد نفى الملك لا أصل الجواز وبقول سيدنا أبى بكر الصديق للسيدة عائشة رضى الله عنهما

(مادة ٥٠١) يشترط فى صحة الهبة أن يكون الواهب حراً عاقلا بالغاً مالكا للعين التى يتبرع بها

فى مرضه كنت نحلتك جذاد عشرين وسقا ممالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ولان فيه الزام المتبرع ما تبرع به فلا يجوز وفرقوا بين الهبة والوصية اذ الموصى له يملك الموصى به قبل القبض مع ان كلا منهما عقد تبرع بأن المتبرع فى الوصية قد مات والورثة ليسوا متبرعين بخلاف الهبة فليس فيه الزام المتبرع بما تبرع به ولا يكون القبض معولا عليه الا اذا كان كاملا ولا يكون كذلك الا اذا كان الموهوب متميزاً عن غيره بأن يكون غير مشاع اذا كان مما يحتمل القسمة ولا يكون متصلا بغيره كما يأتى لك ايضاحه فى شرح مادة (٥٠٧) ولكن محل اشتراط القبض فى الملك اذا لم يكن الموهوب فى يد الموهوب له فلو كان مقبوضاً فى يده وقبل الهبة لم يحتج الى قبض جديد سواء كان غير مضمون عليه بهذا القبض كالوديعة والاجارة والعارية أو مضمونا سواء كان مضمونا بنفسه كالمغصوب أو بغيره كالمرهون لان القبض ثابت فيها وهو الشرط المطلوب فلا حاجة الى تجديده بعد الهبة والفرق بين المضمون بنفسه والمضمون بغيره ان الاول يجب على من هو تحت يده ان يرده الي مالكه مادام موجوداً فاذا هلك أو استهلك تلزم قيمته بالغة ما بلغت وأن الثانى اذا هلك بدون تعدّ لا تلزم قيمته بل شيء آخر وهو بالنسبه للرهن الأقل من قيمته ومن الدين

فقد علمت ان هذا الشرط وهو القبض ليس شرطاً لصحة الهبة وانما هو شرط لملك الموهوب له فهو وان كان راجعاً الى الموهوب لكنه ليس لصحة الهبة أما الشروط التى يلزم وجودها فى الموهوب لصحة الهبة فهى أن يكون

موجوداً وقت العقد فلو وهب ما تثمر نخيله العام أو ماتلدأغنامه السنة ونحو ذلك لم تصح الهبة . وأن يكون مالا متقوماً فلا تجوزهبة ما ليس بمال أصلا كالميتة والخنزير ولا ما ليس بمتقوم كالخمر . وان يكون مملوكا فى ذاته فلا تجوز هبة المباحات لان تمليك ما ليس بمملوك باطل

وأما ما يلزم وجوده لصحة الهبة فى الموهوب له فهو كونه موجوداً وقت الهبة فلو وهب لابنه فلان وليس له ابن كانت لاغية ولو ولد له بعد ذلك

وأما ما يلزم وجوده من الشروط لصحة الهبة فى الركن فهو أن يكون منجزاً فلا تصح الهبة المعلقة على شرط ولكن هذا فيه تفصيل لان مدلول فعل الشرط ان كان محققاً وقت التكلم به صحت الهبة .وان كان غير محقق أي تارة يحصل وتارة لا يحصل فلا تصح . وان يكون غير مضاف إلى زمن مستقبل فلو قال وهبت هذا الشيء لك بعد شهر مثلا لم تصح الهبة — واما اقتران الهبة بشرط فينظر فيه ان كان الشرط ملائماً كما اذا قال وهبتك هذا على أن تعوضنى كذا صحت الهبة والشرط وان كان الشرط غير ملائم صحت الهبة وبطل الشرط

﴿ حكم الهبة ﴾

حكم العقد قد يطلق عند الفقهاء على الاثر المترتب عليه فمتى حصل عقد الهبة مستوفياً شرائطه ترتب عليه الحكم وهو أنها لا تفيد الملك قبل القبض وبعده تفيده غير لازم ولذا يجوز للواهب الرجوع فيها وإن كره تحريماً كما

ستعرفه فى باب الرجوع فى الهبة وهى مخالفة لباقى العقود كالبيع والاجارة لان كلا منهما متى كان صحيحاً نافذاً لازماً فلا يجوز الرجوع فيه — أنظر مادة (٥٠٢)

فقد علمت من الشروط ان الواهب متى كان أهلا للتبرع بأن يكون حراً عاقلا بالغاً مالكاً للموهوب صحت الهبة ولكنك لم تعرف هل تكون الهبة صحيحة ولو استغرقت جميع ماله أو لا تصح الا اذا كان الموهوب بعض المال ولنبين لك ذلك حتى تعرف الاحكام فنقول — الشخص ان كان أهلا للتبرع فاما ان يكون صحيحاً وأما ان يكون مريضاً مرض الموت فان كان الاول فله ان يهب ما شاء لمن شاء وحينئذ تكون هبته صحيحة ولو استغرقت جميع ماله سواء كان الموهوب له أجنبياً منه أو قريبا له وسواء كان القريب أصلا له أو فرعاً أو غيرهما وسواء كان موافقا لدينه أو مخالفا له بشرط جواز بره فيؤخذ من هذا انه اذا وهب جميع أمواله وهو فى حال الصحة لبعض أولاده تاركا البعض الآخر بدون حظه صح ذلك فلا يعارضه أحد وكل هذا منصوص عليه ولكن فى هذا من الاجحاف ببعض الاولاد ما لا يخفى ولذا قالت العلماء انه يكون آثما بهذا العمل ان قصد به الاضرار فيعاقب عليه فى الآخرة ولا ينقض تصرفه ولما نظر بعضهم الى ان العقاب الاخروى لا يفيد من لم يأخذ شيئا قال يرد عليه قصده ويجعل متروكه ميراثا لكل الورثة وهو ظاهر

(مادة ٥٠٢) لا يثبت ملك العين الموهوبة الا بقبضها قبضاً كاملا كما هو مبين فى « مادة ٥٠٧ » وان كانت فى يد الموهوب له ملكها بمجرد العقد بدون قبض جديد بشرط القبول

المراد فاذا كان هذا حاله بالنسبة لاعطائه بعض الأولاد جميع المال وحرمانه الآخر مع ان الآخر قريب الى الشفقة على اخوته فيعطيهم من هذا المال شيئاً أو يلزم بنفقتهم ان احتاجوا الى ذلك فما بالك اذا وهب جميع ماله لاجنبي لا شك فى أن يكون أقوى من هذا فى المنع ولم أر لهم غير هذا للبحث به ويمكننا البحث من طريق آخر بأن نقول ان الشخص اذا وهب جميع ماله لغيره وسلمه له وامتنع عن الرجوع فى الكل أو البعض فأصبح بذلك كلا على غيره يتكفف الناس لمعيشته الضرورية فهل يقال انه بهذا الفعل يكون سفيهاً ويحجر عليه ويكون الحجر من وقت السفه على مذهب الامام محمد فتلغى هذه الهبة وترد له أمواله من الموهوب له أو لا يقال ذلك . أنظر فلعلك توافق

وان كان الثانى وهو ما اذا كان مريضاً مرض الموت فاما ان تكون الهبة لوارث أو لغير وارث وعلى كل فاما ان تكون بأقل من الثلث أو به أو بأكثر وعلى كل فاما ان تجيزها الورثة أو لا فان كانت الهبة لوارث فلا تنفذ الا باجازة بقية الورثة ولو كانت بأقل من الثلث وان كانت لغير وارث فان كان الموهوب أقل من الثلث أو الثلث نفذت وان لم تجز الورثة وان كان أكثر منه فلا تنفذ فى الزائد الا باجازته وسيأتى ذلك مفصلا بأسبابه وحكمه فى تصرفات المريض — أنظر مادة (٥٠٣)

وقد عرفت من الكلام على أركان الهبة ان الايجاب فيها ليس له لفظ

(مادة ٥٠٣) يجوز لكل مالك اذا كان أهلا للتبرع أن يهب فى حال صحته ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلا له أوفرعاً أو قريباً أوأجنبياً منه ولو مخالفاً لدينه بشروطه

مخصوص بل الغرض الاتيان بما يدل على معناها وهو التمليك بغير عوض ولذا قال الفقهاء ان العمرى من الالفاظ التى تنعقد بها الهبة بخلاف الرقبى والعمرى فى اللغة بضم العين اسم مصدر من الاعمار يقال اعمرته الدار عمرى أى جعلتها له يسكنها مدة عمره وفى الشريعة جعل نحو داره للعمر له مدة عمره بشرط ان يردها على المعمر أو على ورثته اذا مات المعمر له أو المعمر وكانوا يفعلون ذلك فى الجاهلية متبعين ما اشترطوه فجاء الشرع الاسلامى وأبطل الرد على المعطى اذا مات الآخذ أو على ورثته اذا مات بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « من أعمر عمرى فهى لمعمره فى حياته وموته لا ترقبوا من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث » ولان معنى العمرى التمليك فى الحال وجعلها له مدة عمره فاذا مات ترجع اليه فصح التمليك وبطل الشرط لقولهم ان الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد بل يبطل الشرط . والرقبى بضم الراء اسم مصدر من المراقبة وهى فى اصطلاح الفقهاء ان يقول شخص لآخر دارى لك رقبى ان مت قبلك فهى لك وان مت قبلى فهى لى أى فكأنه قال أرقب حياتى فاذا مت وأنت حى فهى لك فيكون فيها تعليق التمليك بالشرط فلا يصح ولذا كانت غير جائزة بمعنى انها لا تفيد الملك للمرقب له بدليل الحديث المتقدم الذى فيه « لا ترقبوا من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث » أى فطريق الشىء المرقب طريق الميراث عن المرقب بكسر القاف واذا لم تصح الرقبى بهذا المعنى تكون عارية فاذا سلمها اليه جاز له الانتفاع بها فظهر مما تقدم ان الفرق بين العمرى والرقبى هو ان العمرى وجد فيها التمليك فى الحال واشترط الرد فى المآل والرقبى علق فيها التمليك بالشرط وهو موت المرقب والمرقب له حى فتكون

كالوصية وانما لم يجعلوها مثلها لانه لم يعلقها بمطلق موته كالوصية بل بشرط ان يموت والمرقب له حى كذا قالوا وأنت خبير بأن هذا الفرق غير ظاهر لان الموصى به لا يملكه الموصى له الا اذا مات الموصى وهو حى فالشرط موجود وان لم يصرح به اللهم الا اذا كان هناك فرق بين التصريح بالشيء وعدم التصريح به وان كان ثابتاً فى نفسه وقال أبو يوسف الرقبى صحيحة فتفيد الملك فى الحال ويبطل الشرط ولكن قال العلماء ان هذا الاختلاف مبنى على الاختلاف فى تفسير الرقبى فالامام ومحمد فسراها بما تقدم وهو تعليق الملك على الموت والمرقب له حى وأبو يوسف فسرها بأنها تمليك للحال واشترط الاسترداد بعد الموت فتكون كالعمرى فلو نظر كل منهما لما نظر اليه الآخر لقال بما قال فلا خلاف فى الحقيقة لان اللفظ صالح للمعنيين — أنظر مادة (٥٠٤) .

﴿ الفصل الثانى ﴾

(فيما تجوز هبته وما لا تجوز)

اعلم ان الموهوب اما ان يكون غير مشاع وغير متصل بغيره وأما ان يكون مشاعاً أو متصلا بغيره والمشاع اما ان يكون غير قابل للقسمة أو قابلا

(مادة ٥٠٤) العمرى جائزة للمعمر له ولورثته من بعده وهى جعل نحو داره للمعمر له مدة عمره بشرط أن يردها على المعمر أو على ورثته اذا مات المعمر له أو المعمر ونحوه قوله أعمرتك دارى هذه حياتك أو وهبتك هذه العين حياتك فاذا مت فهى لورثتى فتصح ويبطل شرط الرد على المعمر أو ورثته والرقبى غير جائزة بمعنى عدم افادتها الملك وهو ان يقول دارى لك رقبى ان مت قبلك فهى لك وان مت قبلى فهي لي ومن أرقب شيئاً فهو لورثته واذا لم تصح تكون عارية

لها والمتصل بغيره اما أن يكون اتصال خلقياً أو اتصال مجاورة وكل له حكم يخصه واليك البيان

اذا كان الموهوب غير مشاع وغير متصل بغيره كبيت غير مشغول بمتاع الواهب أو أرض ليست مشغولة بزرع أو غرس مثلا صحت الهبة وملكت بالقبض

واذا كان الموهوب مشاعاً فيما لا يحتمل القسمة كنصف فرس أو نصف حمام أو بيت صغيرين كان حكمه كحكم غير المشاع من انه يفيد الملك بالقبض ولكن لا بد لصحة الهبة من أن يكون الموهوب معلوم القدر كالنصف والربع والسدس مثلا فلو كان غير معلوم القدر كما اذا وهبه نصيبه من هذا البيت مثلا وهما لا يعلمانه لم تكن الهبة صحيحة

واذا كان الموهوب مشاعا فيما يحتمل القسمة كنصف بيت أو حمام كبيرين أو عشرة أفدنة من الارض كانت الهبة صحيحة غير تامة على الصحيح وان كان بعضهم يقول انها فاسدة وعلى كل فلا تفيد هبته الملك بالقبض مشاعا في غير الموهوب بأن يقبض الكل بل لا بد لذلك من القسمة وافراز الموهوب من غيره وينبني على ذلك ما يأتي — أولاً اذا تصرف فيها الواهب ببيع أو غيره نفذ تصرفه ولا يكون للموهوب له حق في المعارضة — ثانياً للواهب استردادها من الموهوب له وهذا الحق وان كان ثابتا للواهب ولو الهبة صحيحة تامة ويكون ذلك بالرجوع فيها ولكن لا يشترط في هذه الحالة ما يشترط في صحة الرجوع من التراضي أو قضاء القاضي فلو هلك الموهوب بعد طلب الرد وتمكن الموهوب له منه ولم يفعل كان عليه الضمان واذا مات

الواهب قبل الاسترداد ثبت هذا الحق للورثة كما كان ثابتاً لمورثهم ولو كان الموهوب له ذا رحم محرم من الواهب - ثالثاً اذا هلك الموهوب عند الموهوب له أو استهلكه كان للواهب الحق فى أخذ البدل منه -- رابعاً إذا تصرف الموهوب له فيه بالبيع مثلا فلا ينفذ تصرفه . وبعضهم يقول الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض ومن باب أولى ما اذا كانت صحيحة غير تامة كهبة المشاع فيما يحتمل القسمة وأفتى بهذا كثيرون من الحنفية وهو الظاهر لوجود التسليط من الواهب لان الموضوع ان القبض باذنه

والفرق بين المشاع الذى لا يحتمل القسمة والذى يحتملها ان الاول هو الذى يضره التبعيض ولا يبقى منتفعاً به أصلا بعد القسمة أولا يبقى منتفعاً به بعدها انتفاعاً من جنس الانتفاع الذى كان قبلها . وأن الثانى هو الذى لا يضره التبعيض بل يبقى منتفعاً به بعد القسمة انتفاعاً من جنس الانتفاع الذى كان قبلها فالشيء الذى لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة أصلا كالحيوان والذى يكون منتفعاً به بعدها انتفاعاً يخالف الانتفاع الاول مثل البيت والحمام الصغيرين فان البيت الصغير اذا قسم ربما ينتفع به مخزنا أو مربطا أو حانوتا ولكنه لا ينتفع به للبيتوتة كالانتفاع السابق وكذا الحمام الصغير إذا قسم يمكن أن يجعل بيتاً أو حانوتاً مثلا ولكن لا يبقى حماماً كما كان فهو مما لا يقسم بخلاف الحمام الكبير الذى يمكن أن يقسم ويجعل له موقد ثان فهو مما يقسم واحتياجه الى موقد ثان لا يخرجه عن كونه قابلا للقسمة حيث أمكن ان يتخذ له كالمقسم الذى يحتاج الى طريق أو مسيل ويمكن فيه ذلك فانه قابل للقسمة

وقال الامام الشافعى ان هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها

صحيحة لان الهبة عقد تمليك والمحل قابل له فاشبهت البيع وكونه تبرعاً لا ينافى الملك فى الشيوع مثل الوصية وتسليمه ممكن إما بالتخلية أو بتسليم الكل اليه كالمشاع الذى لا يحتمل القسمة

واستدلت الحنفية على أن الموهوب لا بد أن يكون مقسوماً أومشاعاً فيما لا يحتمل القسمة بان القبض منصوص عليه فى الهبة بقوله عليه الصلاة والسلام « لا تجوز الهبة الا مقبوضة » فلا تتم الا به والقبض انما يكون فى المقسوم وكذا فى المشاع الذى لا يقسم لان قبض كل شىء بحسبه والمشاع الذى لا يقبل القسمة لا يكون قبضه إلا مشاعا فاكتفى به وتمت الهبة أما المشاع الذى يقبل القسمة فانه يمكن تسليمه بعد قسمته ويكون قبضه كاملا اذ هو المطلوب لان القبض ثبت مطلقا والمطلق يتناول الكامل فقط والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض فى المشاع موجود من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن كون الشىء فى حيز القابض والمشاع ليس فى حيزه من كل وجه لانه فى حيزه من وجه وفى حيز شريكه من وجه وتمامه لا يحصل الا بالقسمة لان الانصباء بها تتميز وتجتمع فما لم تجتمع لا يصير محرزاً ويكون احرازه ناقصا فلا ينهض لافادة الملك ولا يخفى عليك بعد فهم الدليلين الميل إلى أحد المذهبين وبعضهم يقول أن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة غير تامة فلا تفيد الملك بالقبض ولو كانت للشريك ويخصصها بعضهم بغير الشريك مستدلا بتصور قبض الشريك مع الشيوع لان نصيبه فى يده فيمكنه قبض النصيب الثانى مشاعا بخلاف غير الشريك وهو الظاهر ولذا قال بعضهم انه المختار وان كان اكثر الكتب على خلافه

والشيوع المانع من تمام القبض فى الهبة هو الشيوع المقارن للعقد كهبة نصف البيت الكبير أو استحقاق بعض الموهوب أما الشيوع الطارئ فلا يترتب عليه شيء لأنه حدث بعد وجود القبض وتمام الهبة فلا يؤثر شيئاً فرجوع الواهب فى بعض الهبة لا يضر لطرو الشيوع ومن الشيوع الطارىء ما لو وهب داراً فى مرضه وليس له سواها ثم مات ولم تجز الورثة بطلت الهبة فى الثلثين وبقيت فى الثلث — أنظر مادتى (٥٠٥ و ٥٠٦)

واذا كان الموهوب متصلا بحق الواهب فاما أن يكون شاغلا أو مشغولا وعلى كل حال فاما أن يكون الاتصال خلقياً أو اتصال مجاورة فان كان الاتصال خلقيا فلا تصح الهبة ولا تفيد الملك بالقبض سواء كان الموهوب مشغولا بغيره أو شاغلا له ما لم يفصله الواهب ويسلمه للموهوب له أو يسلطه على فصله وقبضه ويفصله الموهوب له ويقبضه بالفعل فاذا كان لشخص ارض وله فيها زرع فلا تصح هبة الارض بدون الزرع ولا الزرع بدون الارض الا

(مادة ٥٠٥) هبة المشاع الذى لا يقبل القسمة صحيحة تفيد الملك بقبضها بشرط أن يكون الموهوب معلوم المقدار والمشاع الذى لا يقبل القسمة هو الذى يضره التبعيض ولا يبقى منتفعاً به أصلا بعد القسمة أولا يبقى منتفعاً به بعدها انتفاعاً من جنس الانتفاع الذى قبلها

(مادة ٥٠٦) هبة المشاع الذى يحتمل القسمة لا تفيد الملك بالقبض ولو كانت للشريك الا اذا قسم الموهوب وسلم مفرزاً عن غير الموهوب لا متصلا به ولا مشغولا بملك الواهب والمشاع الذى يحتمل القسمة ما لا يضره التبعيض بل يبقى منتفعاً به بعد القسمة انتفاعاً من جنس الانتفاع الذى كان قبله

بالشرط المتقدم لان الارض مشغولة بالزرع وهو شاغل لها والاتصال خلقى ومثله الثمر على الشجر والسبب فى ذلك ما تقدم فى هبة المشاع لان الزرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد فكانت هبة أحدهما بدون الآخر كهبة مشاع فيما يحتمل القسمة

وان كان الاتصال اتصال مجاورة فان كان الموهوب مشغولا بغيره فلا تصح هبته الا بفصل الموهوب من غيره وتسليمه بالفعل وان كان الموهوب شاغلا لغيره جازت هبته وحده اذا قبضه ولو كان القبض بالتخلية فلا يشترط فيه التمييز فاذا كان لشخص بيت فيه متاع له فلا تصح هبة البيت وحده الا باخلائه وتسليمه الى الموهوب له لانه مشغول بما ليس بموهوب فلا يصح تسليمه الا بالاخلاء من المتاع وان وهب المتاع الموجود فيه صحت الهبة وان لم يفصله من البيت لان المتاع شاغل له بل يكتفى فيه بالتخلية وهى أن يخلى الواهب بينه وبين المتاع على وجه يتمكن من قبضه بأن لا يكون هناك مانع منه ومن هذا القبيل ما اذا وهب الدابة المسرجة بدون سرجها أو السرج بدونها إذ الدابة مشغولة والسرج شاغل وانما فرقوا هنا بين الشاغل والمشغول لأن استعمال السرج انما يكون للدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة فتوجب نقصانا فى القبض بخلاف الدابة فانها تستعمل بدونه هكذا قالوا فانظر وتأمل — انظر مادة (٥٠٧)

(مادة ٥٠٧) اذا كان الموهوب متصلا بحق الواهب اتصال خلقة وممكنا فصله منه فلا تصح هبته شاغلا كان أو مشغولا ما لم يفصله الواهب ويسلمه للموهوب له أو يسلطه على فصله وقبضه ويفصله ويقبضه بالفعل . واذا كان الموهوب متصلا بملك الواهب

وقد تقدم لك عند الكلام على شروط الهبة أن هبة المعدوم غير صحيحة ومثل المعدوم ما هو فى حكمه وذلك كالدقيق فى البر والدهن فى السمسم والسمن فى اللبن لان هذا الموهوب كالمعدوم ولذا لا يشار الى الدقيق فى البر والمعدوم ليس بمحل للملك فلا يمكن تمليكه بالعقد فيكون باطلا ولو طحن البر وسلم الدقيق لان الحنطة استحالت وصارت عينا أخرى فلا تملك الا بعقد جديد وكذا غيرها وهذا بخلاف المشاع لانه محل للملك الا أنه لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز وإنما جازت الوصية بهذه الاشياء لان الوصية بالمعدوم جائزة واللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل فى الارض والثمر فى النخيل بمنزلة المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود الى امتناع القبض كالشائع فاذا فصل وسلم جاز لزوال المانع كما فى هبة الدين — أنظر مادة (٥٠٨)

ولا تتوهم من كون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون تامة باتفاق الحنفية ان هبة اثنين لواحد أو واحد لاثنين ما ذكر لا تكون تامة أيضا بل فى ذلك تفصيل وبيانه أن هبة اثنين لواحد مشاعا فيما يحتمل القسمة متفق

اتصال مجاورة فان كان مشغولا به فلا تجوز هبته وحده الا بفصله وان كان شاغلا له جازت هبته وحده اذا قبضه ولو بالتخلية بلا فصل . وان قبض الموهوب له العين الموهوبة شائعة بدون فصلها فلا ينفذ فيها تصرفه ويضمنها ان هلكت او استهلكت ويكون للواهب حق التصرف فيها واستردادها هو أو ورثته ولو كان الموهوب له ذا رحم محرم منه

(مادة ٥٠٨) كل ما كان فى حكم المعدوم فلا تجوز هبته أصلا كدقيق في بر ودهن في سمسم وسمن في لبن

على صحتها فتفيد الملك بالقبض لانهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع وان هبة واحد لاثنين ماذكر مختلف فيها فالصاحبان يقولان بالجواز والامام الاعظم يقول بعدمه فلا تفيد هذه الهبة الملك بالقبض عنده الا اذا فرز نصيب كل منهما على حدته وسلم اليه واستدل الصاحبان بان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن شيئا عند رجلين بل هذا أولى منه بالحكم لان تأثير الشيوع فى الرهن أقوى منه فى الهبة بدليل ان رهن المشاع فيما لا يحتمل القسمة غير صحيح بخلاف الهبة واستدل الامام بأن هذا العقد فيه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل انها لو كانت فيما لا يقسم وقبل أحدهما جاز ولولا انه تمليك لكل واحد منهما على حدته لما جاز ذلك فحينئذ ينصرف قبض كل واحد منهما الى نصيبه فقط وهو شائع فيكون القبض ناقصاً فلا يصح اذ المطلوب القبض الكامل كما تقدم. وهذا الخلاف جار فيما اذا لم يبين نصيب كل واحد منهما اما اذا بين بان قال لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها أو لهذا نصفها ولهذا نصفها فلا تجوز عند الامام وأبى يوسف وقال محمد تجوز ان قبضه فالامام ومحمد جريا على أصلهما المتقدم لان هذا هبة لشخصين فلا فرق بين ان ينص على نصيب كل واحد منهما أو لم ينص ولكن أبو يوسف فرق بينهما بان النص على البعض الشائع يدل على ان قصده ثبوت الملك فيه فلا تجوز بخلاف ما اذا لم ينص على ذلك صريحاً ولا فرق فى هذا الحكم بين ما اذا كان الموهوب لهما كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيراً والآخر صغيراً

ومحل الخلاف المتقدم اذا كان الموهوب لهما غنيين فلو كانا فقيرين

جازت الهبة اتفاقاً أما عند الصاحبين فلا كلام لان الحكم عندهما واحد وفرق الامام بان الهبة للفقيرين صدقة كما ان الصدقة على الغنيين هبة والصدقة يطلب بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه والهبة ليست كذلك فتكون تمليكا من اثنين فلا تجوز ولهذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله تعالى وهو واحد ولو أوصى بها الاغنياء غير معينين لم تجز — انظر مادة (٥٠٩)

والهبة قد تكون تمليكا فقط وهى هبة الاعيان والدين لغير المدين وقد تكون تمليكا من وجه واسقاطا من وجه وهى هبة الدين للمدين فتمليك الدين تارة يكون للمدين وتارة يكون لغيره سواء كان التمليك بالهبة أو بغيرها فان كان التمليك للمدين جاز سواء كان بالهبة أو بغيرها فلو كان بها تمت وإن لم يقبل المدين لما فيها من معنى الاسقاط ولكنها ترتد برده لما فيها من معنى التمليك والابراء كالهبة فيما ذكر ولكن محل ذلك اذا لم يكن الدين المبرأ منه بدل صرف أو سلم والا توقف على القبول فاذا وهب الدائن للمدين أحد بدلى الصرف أو أبرأه منه أو أبرأ المسلم اليه رب السلم من رأس المال فلا يصح كل من الهبة والابراء ألا بالقبول والفرق بين هذين وغيرهما أن سقوط الدين فيهما يوجب انفساخ العقد بسبب فوات القبض المستحق بعقد الصرف والسلم وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقفت الصحة على القبول فيهما

(مادة ٥٠٩) تصح هبة أثنين لواحد مشاعاً محتملا للقسمة بدون قسمته ولاتصح هبته من واحد لاثنين غنيين الا بعد قسمته وفرز نصيب كل منهما سواء كانا كبيرين أو صغيرين أو أحدهما كبيراً والآخر صغيراً فان كانا فقيرين صحت هبة المشاع لهما

لا في غيرهما فالتوقف على ذلك لا من حيث أنه هبة الدين بل من حيث أنه يوجب انفساخ العقد وهذا لا بد فيه من التراضي — انظر مادة (٥١٠)

واذا كان تمليك الدين لغير المدين فلا يصح لانه غير قادر على تسليمه للموهوب له ما دام فى ذمة المدين ولكنهم استثنوا من ذلك ثلاث مسائل

الاولى الحوالة فاذا كان شخص مديناً وله دين عند غيره فاحال دائنه على مدينه بما عليه صح ذلك وان كان فيه ما ذكر ولكن عند التأمل نرى أن هذه الصورة ليس فيها تمليك لقول الفقهاء أن عقد الحوالة يفيد النقل والتحويل لا التمليك ويرتبون عليه فروعاً كثيرة وينبنى على ذلك أن المحال لم يملك ما بذمة المحال عليه من الدين ولكن لما رضى المحال عليه بالحوالة فقد التزم الدفع له بأمر المحيل فاذا دفع عنه بأمره وقعت المقاصة بينهما لانه صار مديناً ودائناً لشخص واحد وحينئذ فليس فى الحوالة سوى التسليط على القبض من المحال عليه لا التمليك .

الثانية الوصية فاذا أوصى الدائن لغير المدين بالدين صح لان الموصى له خليفة عن الميت فقد سلطه على قبضه بعد وفاته وبهذا رجع الامر الى التسليط بالقبض فى كل الصور ولو اوصى لشخص بثلث ماله مثلا وفى التركة ديون ملك الموصى له من الدين بقدر وصيته أى يملك المطالبة به وانما يصير ملكا حقيقة اذا صار عيناً بأن قبضه بالفعل .

(مادة ٥١٠) هبة الدين لمن عليه الدين تتم من غير قبوله وكذا ابراؤه عنه ما لم يرده وهذا إذا لم يكن الدين بدل صرف أو سلم فلو كان أحدهما توقف على القبول

الثالثة اذا وهبه له وسلطه على قبضه وقبضه فعلا لانه فى هـذه الحالة يصير وكيلا فى القبض عن الواهب ثم اصيلا فى القبض لنفسه ولذا كان للدائن عزله عن التسليط قبل القبض فعلم أن مدار الصحة على التسليط فى هـذه الصور فلو وجد فى غيرها صح أيضاً -- انظر مادة (٥١١)

﴿ الفصل الثالث ﴾

(فيمن يجوز له قبض الهبة)

لما كان القبض شرطا فى تمام الهبة احتيج الى بيانه وبيان من يجوز له قبض الهبة حتى تتم بقبضه وقد تقدم الاول عند الكلام على اركانها والموضوع الآن هو الثانى فالموهوب له اما أن يكون بالغاً واما أن يكون غير بالغ وغير البالغ اما أن يكون غير مميز واما أن يكون مميزاً وعلى كل فاما أن يكون الواهب له الولاية عليه أولا وكل له حكم يخصه واليك البيان

فان كان بالغاً عاقلا كانت ولاية القبض له ولو كان فى عيال الواهب لانه هو المتصرف فى شؤون نفسه فلا يعتبر القبض الا إذا تولاه هو ومن حيث أن كل من ملك تصرفا ملك التوكيل فيه فله أن يوكل غيره فى قبض الموهوب وحينئذ تتم الهبة بتسليم الموهوب لوكيل الموهوب له لانه نائب عنه. وان كان صغيراً غير مميز فان كان الواهب ممن له الولاية عليه تمت الهبة بمجرد الايجاب وقام قبضه مقام قبض الصغير . ولا فرق فيمن تكون له عليه الولاية بين ما اذا

(مادة ٥١١) هبة الدين ممن ليس عليه الدين باطلة الا فى حوالة ووصية واذا سلط الموهوب له على قبضه بالتوكيل عنه من المديون وقبضه

كان يملك التصرف فى ماله أولا فالاول هو الاب والجد الصحيح والقاضى ووصى كل منهم والثانى غيرهم سواء كان أخا أو عماً أو أما أو غيرهم ممن يعول الصغير ويكفله ولو كان ملتقطا الا أنه يشترط فى صحة قبض الثانى ان يكون الصغير فى حجرهم اى كنفهم وتربيتهم وبعضهم يشترط فى صحته ايضاً عدم وجود الاول مستدلا بأن تصرف الثانى للضرورة لا بالتفويض ولا ضرورة مع وجود الاول والبعض الآخر لا يشترط ذلك وهو الصحيح المفتى به لان فيه نفعاً للصغير خصوصاً وقد وجدت دلالة تفويض الاب مثلا الى من يعول الصغير ويكفله ويشهد له صحة قبض الصغير بنفسه إذا كان مميزاً ولو كان الاب ونحوه حاضراً — ولكنه يشترط لصحة هذه الهبة وتمامها شروط ثلاثة

الاول أن يكون الموهوب معلوماً فلو كان مجهولا كما اذاقال وهبت له شيئاً من مالى لم تصح وهذا الشرط عام فى كل هبة — الثانى أن لا يكون مشاعا فيما يحتمل القسمة وقد عرفته فى بحث هبة المشاع وهذا الشرط وأن كان عاما فى كل هبة أيضاً الا أن الغرض من الاتيان به فى هذه بخصوصها نفى توهم عدم اشتراطه فيها لانه إنما اشترط لاجل تمام القبض وهذا فى يد ولى القبض فلا يفتقر الى ذلك ولا بأس بهذا التوهم لان فيه نفعاً للصغير خصوصا وهبة المشاع غير متفق على عدم تمامها

الثالث أن يكون الموهوب فى يد الواهب فلو كان فى يد غيره فاما أن يكون مودعاً أو مستعيراً أو مرتهناً أو غاصباً أو مستأجراً فان كان مودعا أو مستعيراً تمت الهبة أيضاً وان لم يسترده وان كان مرتهناً أو من بعده

فلا تتم الا باستردادها ممن هي تحت يده والسبب في ذلك أن القبض شرط لتمام الهبة وقد فقد حقيقة وتقديراً بالنسبة للمرتهن ومن بعده لاننا جعلنا يد الولى فيما يهبه للصغير بمنزلة يده اذا كانت قائمة وههنا اليد للمرتهن لا للراهن فتعذر جعلها للصغير فانعدم قبضها الذى هو متمم للهبة فقلنا بعدم التمام ولذا لو استردت منه انتفى التعذر فتتم ومثل المرتهن الغاصب والمستأجر بخلاف ما اذا كان صاحب اليد مودعا أومستعيراً لان يدهما كيد الواهب فهى موجودة تقديراً فتتم الهبة

وان كان الصغير غير مميز أيضاً ولكن الواهب ليست له الولاية عليه بالمعنى المتقدم فلا تتم الهبة بمجرد الايجاب بل لا بد من القبض سواء كان ممن له الولاية على أمواله أولا الا أنه لو كان ممن له الولاية على أمواله تمت بقبضه سواء كان فى كنفه وتربيته أولا لأن له ولاية التصرف فى أمواله وقبض الهبة من التصرف فى المال فتتم به مطلقا بخلاف غيره فانه يشترط فيه ذلك لعدم ولايته عليه لكن لما كان فى كنفه كانت له الولاية فى الجملة ولذا كان له تأديبه وتسليمه الى صنعة فيصح منه قبض ما وهب له لأن فيه نفعاً محضاً للصغير خصوصاً وقد وجدت دلالة التفويض من وليه الى من يعوله ولذا لا يشترط فى صحة قبضه عدم وجود الاب ونحوه ممن له ولاية ماله على ما هو الصحيح المفتى به — انظر مادة (٥١٢)

(مادة ٥١٢) هبة من له ولاية على الطفل للطفل تتم بالايجاب وينوب قبض الواهب عن قبض الموهوب له سواء كان الواهب أبا أو أما أو غيرهما ممن يعوله عند عدم الاب بشرط كون الموهوب معلوماً معيناً مفرزاً وكونه فى يد الواهب أو فى يد

وان كان الصغير مميزاً فان كانت الهبة ممن له الولاية عليه بالمعنى السابق تمت الهبة بمجرد الايجاب أيضاً بالشروط المتقدمة فيما اذا كان الصبي غير مميز وان كانت الهبة من أجنبي فلا تتم الا بالقبض سواء كان بنفسه أو ممن له الولاية عليه فان كان القابض ممن له الولاية على أمواله تمت الهبة بقبضه وان لم يكن فى كنفه وتربيته بخلاف غيره فانه لا بد أن يكون ممن يعوله ويكفله لان لمن هو فى يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من أوفر المنافع فيملك ذلك فليس للواهب أن ينزعه من يده بعده

وانما تمت الهبة بقبضه بنفسه ولو مع وجود الولى لانه فى التصرف النافع الذى لا يحتمل غيره ملحق بالبالغ استحساناً وان كان القياس يقتضى عدم الجواز إذ لا عبرة بعقله قبل البلوغ ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الاجنبى اذا كان فى عياله ولو اعتبر بعقله وجعلت له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولو كانت له حاجة اليه ووجه الاستحسان انه انما لم يعتبر عقله لدفع الضرر عنه لان الظاهر انه لا يتم به نظره فى عواقب أموره لعدم كماله فاذا كان التصرف نفعاً محضاً تعين النظر فى نفوذه فينفذ نظراً له لان الرد فى التصرف الضار لاجله والتوقف فى المتردد بين النفع والضرر لاجله أيضاً فيرده الولى إن لم ير فيه مصلحة وينفذه إن رآها فوجب أن ينفذ تصرفه النافع له نفعاً محضاً . ويحصل له النفع بطريقين اذ ليس من الحكمة أن تثبت عليه الولاية لغيره نظراً له ثم يردمنه مثل هذا النفع المحض مع أنه من أهله بالتمييز والاختيار

مودعه أو مستعيره لا فى يد مرتهنه أو غاصبه وان كانت الهبة لبالغ يشترط قبضه بنفسه أو قبض وكيله عنه ولو كان فى عيال الواهب

وكما يصح قبول الصبي المميز الهبة يصح منه ردها فلا يصح قبوله بعده والظاهر أن الولى ليس له أن يرد ما وهب للصغير متى كانت المنفعة موجودة فلو قبل الصبي بعد رده صح ذلك ومحصل هذا أن الهبة لا تتم الا بالقبض ولكن لا يشترط فيه أن يكون من الموهوب له بل تارة يكون يقبضه بنفسه أو بوكيله اذا كان بالغا عاقلا وتارة يكون بنفسه أو ممن هو فى كنفه وتربيته اذا كان صغيراً مميزاً وتارة يكون ممن يعول الصغير ويكفله فقط اذا كان صغيراً غير مميز — انظر مادة (٥١٣)

ويترتب على هذا ان الزوج له أن يقبض ما وهب لزوجته وان لم تكن له الولاية على أموالها ولكنه مشروط بشرطين الاول أن تكون صغيرة سواء كانت مميزة أو غير مميزة اذ لو كانت كبيرة عاقلة كانت ولاية القبض لها أو لمن تقيمه مقامها كما هو الشأن فى جميع تصرفاتها — الثانى أن يكون ذلك بعد الزفاف فلا تتم الهبة بقبضه قبله لعدم الولاية لان الزوج ملك ذلك باعتبار أنه يعولها وذلك بعد الزفاف لان الاب أقامه مقام نفسه فى حفظها وقبض الهبة منه فيملكه ولو مع وجود الاب ولا شك أن الاب اذا قبضها بنفسه تمت لان النائب اذا كان يملكه فالاصيل من باب أولى — انظر مادة (٥١٤)

(مادة ٥١٣) اذا وهب أجنبى هبة لصبي جاز لكل من هو فى حجره قبضها والصبي اذا كان مميزاً فقبضه معتبر ولو مع وجود الاب

(مادة ٥١٤) زوج المرأة الصغيرة يملك بعد زفافها قبض ما وهب لها ولو مع حضرة أبيها وليس له ذلك قبل زفافها ولا بعد بلوغها

﴿ الفصل الرابع ﴾

(فى الرجوع فى الهبة)

اعلم أنه بعد تمام الهبة واستيفاء جميع شرائطها قد اختلفوا فى صحة الرجوع فيها فقال الامام الشافعى ومن وافقه بعدم صحة الرجوع الا للوالد فيما يهب لولده وقالت الحنفية بصحته مطلقاً واستدل الامام الشافعى بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يرجع الواهب فى هبته الا الوالد فيما يهب لولده » وبأن الهبة ما خرجت عن كونها عقد تمليك كالبيع فوجب أن تلزم مثله وبأن الرجوع يضاد مقتضى العقد والعقد لا يقتضى ضده وانما ثبت جواز رجوع الوالد فيما يهبه لولده لان اخراجه عن ملكه لم يتم اذ الولد من كسب أبيه قال عليه الصلاة والسلام « انت ومالك لابيك ان اطيب ما اكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً » واستدلت الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام «الواهب أحق بهبته مالم يثب منها» اى مالم يعوض عنها وبعضهم يروى هذا على انه من كلام سيدنا على كرم الله تعالى وجهه والمراد به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله وحينئذ تكون اضافتها إلى الواهب باعتبار ما كان كما يقال أكلنا خبز فلان وان كان الآكل قد اشتراه ولان المقصود من الهبة العوض ولهذا يقال الايادى قروض وتأيد ذلك بالشروع قال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين فاذا لم يحصل مقصوده ثبت له الرجوع وهذا مثل المشتري فإنه اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع بالثمن

لفوات مقصوده وهو صفة السلامة فى المبيع وأجابت الحنفية عن الحديث الذى استدل به الشافعى بأن المراد منه أن الواهب لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ للانفاق وسمى ذلك رجوعاً نظراً الى الظاهر وان لم يكن رجوعاً حقيقة على ان هذا الحكم غير مختص بالهبة بل الاب اذا احتاج فله الاخذ من مال ابنه ولو غائباً فلو لم يحتج لم يجز له الاخذ وأنت خبير بأنه لو كان كذلك لما كانت هناك فائدة فى تخصيص الهبة بهذا الحكم أو المراد انه لا يحل له الرجوع بطريق الديانة والمروءة فيكون كقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاو » أى لا يليق ذلك بالديانة والمروءة وان كان جائزاً فى الحكم على انا لا نسلم ان الحديث الذى رواه الشافعى ينافى الرجوع لانه خبر عن قبحه فيكون معناه ان الواهب لا يليق به ان يرجع فيما وهب الا الوالد فيما يهبه لولده ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام « المؤمن لا يكذب » وقوله أيضاً « الزانى لا يزنى وهو مؤمن » أى لا يليق به ان يكذب أو يزنى وهو مؤمن فليس المراد انه ينافى صفة الايمان بل هو قبيح ومع الايمان أقبح فكذا ما نحن بصدده أى انه قبيح من حيث العادة لا الشرع لان الشرع مكنه من الرجوع وأنت بعد ايراد الدليلين لا يخفى عليك ظهور أحدهما والرجوع فى الهبة ثابت ولو صرح الواهب باسقاطه فيعلم من هذا ان الاسقاط لا يكون فى كل حق اذ بعض الحقوق لا يسقط وان أسقطها صاحبها كهذا والميراث والاستحقاق فى الوقف ولكنهم قالوا فى الاخيرين لا يسقط كل منهما لثبوته جبراً فانظر وجه الاول ولعله لكونه من مقتضيات العقد فلا

يسقط بالاسقاط ومع ذلك فالرجوع عند القائلين به قبيح ومرتكبه دنيء كما علم من تقرير دليلهم — أنظر مادة (٥١٥)

وانما يصح الرجوع في الهبة اذا لم يكن هناك مانع منه والموانع سبعة وقد جمعها بعضهم في قوله

منع الرجوع من المواهب سبعة　　فزيادة موصولة موت عوض
وخروجها عن ملك موهوب له　　زوجية قرب هلاك قد عرض

واختصر هذا آخر بقوله

ويمنع الرجوع في فصل الهبه　　يا صاحبي حروف دمع خزقه

فكل حرف من حروف دمع خزقه يشير الى مانع منها فالدال تشير الى الزيادة والميم لموت أحد المتعاقدين والعين للعوض والخاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له والزاي للزوجية والقاف للقرابة والهاء لهلاك الموهوب

فالمانع الاول هو الزيادة ولكن ليست كل زيادة في الموهوب مانعة من الرجوع في الهبة بل الزيادة المتصلة به سواء كانت متولدة من الاصل أو غير متولدة أما المنفصلة سواء كانت متولدة أو غير متولدة فلا تمنع الرجوع فيها فعلم ان أنواع الزيادة أربعة لانها أما متصلة أو منفصلة وكل منها أما أن يكون متولداً من الاصل أو غير متولد منه فالمتصلة المتولدة كالثمر قبل جزه

(مادة ٥١٥) يصح الرجوع في الهبة كلا أو بعضاً ولو أسقط الواهب حقه ما لم يمنع مانع من الموانع المذكورة في المواد السبعة الآتية

والسمن والغير المتولدة كالبناء والغرس فى الأرض والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر بعد قطعه والغير المتولدة كالكسب والغلة ومعنى كونها غير متولدة من الاصل وان كانت ناشئة عنه أنها ليست بدلاً عن جزء من الشيء نفسه بل هى بدل المنافع . والمانع منها هى المتصلة بقسميها — والسبب فى ذلك ان الرجوع لا يصح الا فى الموهوب والزيادة ليست موهوبة فلا رجوع فيها والفصل ليرجع فى الاصل دون الزيادة متعذر فامتنع أصلا وبطل حق الواهب لان له حق التمليك فى الاصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما فكانت مراعاته أولى عند تعذر الفصل وهذا السبب لا يظهر الا فى الزيادة المتصلة دون غيرها ولكن يشترط فيها زيادة قيمة الموهوب فان ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع لزوال المانع منه فان كانت الزيادة من حيث السعر فقط ثبت الرجوع لانه لا زيادة فى العين فلا يتضمن الرجوع ابطال حق الموهوب له وهو المانع . وان نقل الموهوب من مكان الى آخر وترتب على هذا النقل زيادة القيمة ففيه خلاف قال الامام ومحمد ينقطع الرجوع وقال أبو يوسف لا ينقطع لان الزيادة لم تحصل فى نفس الشيء فصارت كزيادة السعر . ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له فى الكراء ومؤنة النقل فامتنع وهو الظاهر

وعند ما يرجع الواهب وكانت فى الموهوب زيادة منفصلة أخذ الاصل لا الزيادة حتى لو ترتب على هذا الرجوع ضرر يلحق الموهوب له فى الزيادة ألزم بالانتظار حتى يزول فاذا ولدت الموهوبة فليس له أن يرجع حتى يستغنى

الولد عن أمه — أنظر مادة (٥١٦)

والمانع الثانى موت الموهوب له أو الواهب بعد قبض الهبة لانه بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم فى حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار الموهوب كعين أخرى فلا يكون له سبيل عليها واذا مات الواهب فالوارث أجنبي عن العقد اذ هو لم يوجبه وحق الرجوع مجرد خيار فلا يورث ولان الشارع أوجبه للواهب — أنظر مادة (٥١٧)

والمانع الثالث خروج الموهوب عن ملك الموهوب له فاذا تصرف فيه كله بالبيع مثلا امتنع الرجوع فى الكل وان تصرف فى البعض امتنع بالنسبة اليه فيثبت له الحق فى الباقى كأنه لم يتصرف فى شيء منه لانه اذا لم يبع منه شيئاً كان له أن يرجع فى البعض ويترك الآخر اذ له حق الرجوع فى الكل فله أن يستوفيه ان شاء وان شاء استوفى بعضه فكذا اذا بيع بعضها لان المانع لم يوجد الا فى المبيع فيتقدر الامتناع بقدره بل هذا أولى بالحكم لانه لما جاز الرجوع فى البعض مع امكان الرجوع فى الكل فأولى ان يجوز عند العجز وانما كان هذا مانعاً من الرجوع لان اخراجه عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقض ماتم من جهته لأن

(مادة ٥١٦) اذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمتها امتنع الرجوع فيها ولا يمتنع لزيادة سعرها ولا يمتنع الرجوع بالزيادة المنفصلة المتولدة من العين الموهوبة أو غير المتولدة واذا ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع

(مادة ٥١٧) اذا مات أحد العاقدين بعد قبض الهبة سقط حق الرجوع فيها

القاعدة ان كل من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين اخرى فلا سبيل له عليها — انظر مادة (٥١٨)

والمانع الرابع الزوجية ولكن يشترط أن تكون موجودة وقت الهبة سواء دخل بها الزوج اولم يدخل وسواء دامت الزوجية بعد الهبة أوانقطعت فلو حصلت الزوجية بعد الهبة لم يمتنع الرجوع

وانما كانت الزوجية مانعة من الرجوع لانها نظير القرابة ولذا يجرى التوارث بينهما وترد شهادة كل واحد منهما للآخر فيكون المقصود من هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتواد دون العوض كما فى القرابة المحرمية وقد حصل بنفس الهبة فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للاجنبي لان المقصود فيها العوض فكان له الرجوع عند فواته . ومما اخرجوه عن الاصل بالنسبة للزوجية ما اذا وهبت الزوجة دارها لزوجها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها حيث يصح لانها وما فى يدها فى يده فكانت الدار مشغولة بعياله وهذا لا يمنع صحة قبضه ومثل هذا ما اذا وهب الاب لابنه الصغير داراً مشغولة بمتاعه فانه يصح على المفتى به لان اشغالها بمتاع الواهب لا يمنع قبضه — انظر مادة (٥١٩)

(مادة ٥١٨) اذا خرجت العين عن ملك الموهوب له فان كان خروجها من يده خروجا كلياً امتنع الرجوع فيها وان كان خروجها لا بالكلية فلا يمتنع الرجوع فلو باع بعضه فللواهب الرجوع في الباقي

(مادة ٥١٩) إذا وهب أحد الزوجين بعد الزفاف او قبله هبة للآخر فلا رجوع

والمانع الخامس القرابة ولكن ليست كل قرابة مانعة من الرجوع فى الهبة بل التى يكون فيها الموهوب له رحماً محرماً من الواهب بان يكون قريباً له ويحرم عقد الزواج بينهما كالبنت والام والخالة والعمة فلو كان القريب رحماً غير محرم كبنت العم أو بنت الخالة أو كان الموهوب له محرما غير رحم كالاخت من الرضاع أو كان اجنبياً لم يمتنع الرجوع والاصل فى ذلك قوله صلى الله تعالى عليه وسلم « اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها » ولان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفى الرجوع قطيعته فامتنع — انظر مادة (٥٢٠)

والمانع السادس هلاك الموهوب أو استهلاكه فاذا هلك البعض ثبت له حق الرجوع فى الباقى كما تقدم فى خروج البعض عن ملك الموهوب له وانما كان هذا مانعاً لتعذر الرد بعد الهلاك فامتنع الرجوع ولا يلزم بدفع القيمة أو المثل لان التسليط حصل من الواهب فيد الموهوب له ليست يد ضمان — انظر مادة (٥٢١)

والمانع السابع العوض فاذا أعطى الموهوب له للواهب بدل هبته امتنع

له فيها ولو وقعت الفرقة بينهما بعد الهبة واذا وهبت المرأة لزوجها داراً فيهامتاع لها صحت الهبة وان كانت مشغولة بملكها

(مادة ٥٢٠) من وهب هبة لذى رحم محرم منه ولو ذمياً أو مستأمناً أو غير مستأمن فلا رجوع له عليه فان وهب لذى رحم غير محرم أو لمحرم غير ذى رحم أو لمحرم بالمصاهرة وأراد الرجوع فله ذلك

(مادة ٥٢١) اذا هلكت العين الموهوبة فى يد الموهوب له أو استهلكت سقط حق الرجوع فيها فان استهلك البعض فللواهب الرجوع فيما بقى

الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها »
أى ما لم يعوض ولان ثبوت الرجوع فى الهبة لخلل فى مقصود الواهب
وقد زال الخلل فصار كما إذا وجد المشترى عيبا فى المبيع ثم زال وانظر فيما
اذا عوضه غير المطلوب له فان هذا التعليل ينتج الرجوع مع أنه لم يفصل فى
العوض أحد ثم أن العوض ينقسم الى قسمين لانه اما أن يكون مشروطاً
فى العقد كما اذا قال له وهبتك هـذا الشيء بشرط ان تعوضنى كذا واما
أن يضاف لهـا بعد العقد فالاول يأتى حكمه فى شرح مادة (٥٢٨) والثانى
الذى هو موضوعنا الآن اما أن يكون عوضاً عن كل الهبـة أو عن بعضها
فان كان مضافاً الى الكل بأن قال بعد تمام عقد الهبة خذ هـذا عوض
هبتك أو بدلا عنها أو فى مقابلها امتنع الرجوع فى كل الهبة وان كان
العوض مضافاً الى البعض كما اذا قال خذ هـذا عوض نصف هبتك مثلا
كان له حق الرجوع فى الباقى لأن حقه فى الرجوع كان ثابتـاً
فى الكل فاذا عوضه عن النصف امتنع الرجوع فى حقه وبقى الحق
فى البـاقى على ما كان والشيوع الحاصل بالرجوع فى هـذه الحالة لا يضر
لأنه طارىء بعد تمام عقد الهبة وقد عرفت فى شرح مادة (٥٠٦)
أن الشيوع الضار هو الشيوع المقـارن لعقد الهبة لا الطارىء عليـه
وهـذا اذا كان العوض غير الموهوب فلو كان بعضه بان وهب له قطعة
أرض فأعطاه نصفها مثلا على أنهـا عوض عن الـكل لم يمتنع الرجوع
فى البـاقى لان حقه كان ثابتـاً فى الـكل فاذا وصل اليه بعضه فلا يسقط
فى البـاقى وقال زفر لا رجوع فى هـذه الحالة موجها كلامه بأن الموهوب

ملك بالقبض فالتحق بسائر أموال الموهوب له فكأنه أعطاه شيئاً من غير الموهوب — انظر مادة (٥٢٢)

فان سلم كل من العوض والهبة لكل منهما فبها وأما اذا استحق بان ظهر أن أحدهما مملوك لغير من أعطاه لصاحبه بأن أثبت شخص بالحجة أنه مملوك له قبل تاريخ الاعطاء فاما أن يكون الاستحقاق وارداً على العوض أو على الهبة وعلى كل فاما أن يرد على الكل أو البعض فان ورد على كل العوض كان للواهب أن يرجع فيما وهب لان الهبة تبقى بلا عوض فصار كأن لم يكن عوض أصلا وان ورد على كل الهبة كان للموهوب له الرجوع بجميع العوض لعدم سلامة مقصوده من العوض وهو تاكد ملكه فى الهبة وهذا اذا كان كل منهما موجوداً وقت الاستحقاق فان كان هالكا اختلف فى الحكم لأنه ان استحق العوض والهبة هالكة فلا يرجع الواهب بشيء أصلا لان هلاك الهبة مانع من الرجوع وكذا لو كان هناك مانع آخر منه وان استحقت الهبة والعوض هالك يرجع الموهوب له على الواهب ببدل العوض وهو القيمة ان كان قيمياً والمثل ان كان مثلياً لانه لم يسلم له مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه فى الهبة لان الموضوع أنه قال للواهب خذ هذا عوض هبتك بخلاف الواهب لان الموضوع أنه لم يشترط العوض فى العقد وان ورد

(مادة ٥٢٢) اذا أضاف الموهوب له بعد العقد عوضاً للهبة وقبضه الواهب مفرزاً مميزاً ان كان مما يحتمل القسمة سقط حق رجوعه بشرط أن لا يكون العوض بعض الموهوب فان عوضه البعض عن الباقى فله الرجوع فى الباقى وان عوض النصف فله الرجوع فى النصف ولا يضر الشيوع الحاصل بالرجوع

الاستحقاق على بعض الهبة فللموهوب له أن يرجع على الواهب بما يقابل المستحق من الهبة لانه لم يدفع اليه العوض الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات وجميع هذه الصور متفق عليها

وان ورد الاستحقاق على بعض العوض ففيه خلاف فالامام الاعظم وصاحباه يقولون لا يرجع بشيء حتى يرد ما بقي من العوض وقال زفر يرجع فى الهبة بما يقابل المستحق من العوض — واستدل بان كل واحد منهما عوض عن الآخر فكما يرجع الموهوب له ببعض العوض عند استحقاق بعض الهبة فكذلك يرجع الواهب أيضاً ببعض الهبة عند استحقاق بعض العوض لانه حكم المعاوضة اذ هو يقتضى المساواة — واستدل غيره بأن العوض ليس ببدل عن الهبة حقيقة لانها حصلت بدون عوض مشروط فى عقدها فهى مملوكة للموهوب له قبل أن يعوض الواهب شيئاً والانسان لا يعطى بدل ملكه لغيره وانما أعطاه ليسقط حقه فى الرجوع وما بقي يصلح لاسقاط الرجوع ولهذا لو عوضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه فيه إلا أنه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض له فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضى بما بقي من العوض وان شاء رد الباقى عليه ورجع فى الهبة — انظر مادة (٥٢٣)

(مادة ٥٢٣) اذا استحق كل العوض يرجع الواهب فى كل الهبة ان كانت قائمة ولم تحصل بها زيادة مانعة منه أو مانع آخر. واذا استحقت الهبة فللمعوض الرجوع فى جميع العوض الذى أداه ان كان قائماً وبمثله ان كان هالكا وهو مثلى أو بقيمته ان كان قيمياً وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض وفى عكسه لا يرجع ما لم يرد ما بقي من العوض

وهذا اذا كان للهبة عوض فان كانت بغير عوض واستحقت فاما أن يكون الاستحقاق وارداً عليها وهى موجودة تحت يد الموهوب له واما أن يكون بعد هلاكها فان كان الأول فلا كلام فى أنه لا يرجع على الواهب بشىء لانه لم يعوضه شيئاً والمستحق لم يأخذ منه سوى الموهوب الذى لم يدفع شيئاً فى مقابلته . وان كان الثانى وهو ما اذا استحق بعد هلاكه تحت يد الموهوب له فقالوا إن للمستحق أن يضمنه بأن يأخذ منه بدل الموهوب لان ملكه هلك وهو تحت يده وعند ما يأخذ منه البدل لا يكون للموهوب له حق فى الرجوع على الواهب بما ضمن ومثله المستعير فاذا أعار شخص لغيره شيئاً لينتفع به ويرده اليه فهلك هذا الشىء تحت يده وظهر انه غير مملوك للمعير ولو بالبينة فللمالك أن يأخذ بدله من المستعير وليس لهذا حق فى أن يأخذ ما دفعه من المعير وهذا بخلاف البيع والوديعة والاجارة فان المبيع اذا هلك تحت يد المشترى وظهر أنه غير مملوك للبائع وضمن المستحق المشترى رجع على البائع بما دفعه اليه ومثل البيع الاجارة والوديعة وقالوا فى الفرق أن الهبة عقد تبرع والموهوب له غير عامل للواهب فلا يستحق السلامة ومثلها العارية بخلاف الوديعة لان المودع ليس عاملا لنفسه بل لصاحبها وبخلاف البيع لان عقد المعاوضة يقتضى السلامة فيكون كل واحد منهما ملتزما لوصف السلامة بالاقدام على العقد فاذا لم يسلم له كان مغروراً من جهته فيرجع عليه بما لحقه فيكون حاصل ماقالوه أن المغرور يرجع على الغار بأحد أمرين الاول عقد المعاوضة الثانى أن يكون نفع العقد عائداً على الدافع فقط كالوديعة فان كان عائداً على الآخذ وحده كالهبة والعارية فلا رجوع ولو كان مغروراً — وقال بعضهم ان الواهب لو

ضمن بسلامة الموهوب للموهوب له نصاً يرجع على الواهب فى هذه الحالة وهو ظاهر المراد فياليته أطلق الحكم — انظر مادة (٥٢٤)

ومن حيث أن العوض الذى هو الموضوع ليس مشروطاً فى العقد فلا يجوز لمن له الولاية على مال الموهوب له أن يدفع منه شيئاً للواهب فى مقابلة هبته لانه تبرع وهو لا يملكه وينبنى على هذا أن الاب لا يجوز له أن يدفع شيئاً من مال ابنه بدل ما وهب له فلو أعطى ضمنه فلو كان من مال نفسه جاز ذلك لانه له أن يتصرف فيه بما أراد لمن أراد — أنظر مادة (٥٢٥)

ولما كانت الهبة للفقير مجازاً عن الصدقة والصدقة لا رجوع فيها كانت الهبة له مثلها فى ذلك — انظر مادة (٥٢٦)

ولما كان الرجوع فى الهبة قبيحاً ومرتكبه دنيئاً لم يجعل الشارع هذا الحق للواهب وحده بل أشرك معه الموهوب له أو من له الولاية عليه اذا امتنع ولذا لا يصح الرجوع فيها بمجرد قول الواهب رجعت فى هبتى بل لا بد من أحد أمرين الاول رضا الموهوب له الثانى قضاء القاضى والسبب فى ذلك أن ملك الموهوب له ثابت فى الموهوب فلا يخرج عنه إلا بالرضا أو القضاء ولانه مختلف فيه بين العلماء وفى أصله ضعف وفى عدم حصول مقصود الواهب ووجوده خفاء اذ يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوى ولم يحصل

(مادة ٥٢٤) اذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن المستحق الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن

(مادة ٥٢٥) لا يجوز للاب أن يعوض عما وهب لابنه الصغير من مال الصغير

(مادة ٥٢٦) لا رجوع فى الهبة للفقير بعد قبضها

عليه فيثبت له حق الرجوع ويحتمل أن يكون غرضه الثواب فى الآخرة أو اظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فحينئذ لا بد من الفصل بالرضا أو القضاء ويؤخذ من هذا أن القاضى عندما ترفع اليه الدعوى بطلب استرداد الموهوب يبحث عن سبب الهبة وسبب الرجوع حتى تظهر له الحقيقة من كلام كل منهما ويحكم بما يظهر له

فما دام لم يقض القاضى أو يفسخاها بالتراضى يكون ملك الموهوب له ثابتاً فى الموهوب وينبنى على ذلك ما يأتى

أولا اذا تصرف الموهوب له فى الشىء الموهوب ولو بعد المرافعة الى القاضى ولكن قبل واحد منهما نفذ تصرفه فليس للواهب نقضه لان الملك ثابت للموهوب له ما لم يحصل واحد منهما

ثانياً لو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل واحد منهما فهلكت أو استهلكت ضمن قيمتها للموهوب له لما ذكر

ثالثاً لو طلبها الواهب منه فامتنع من التسليم وهلكت أو استهلكت قبل القضاء لم يضمن له شيئاً لقيام ملكه فهو محق فى هذا الامتناع ومثل هذا ما اذا هلكت بعد القضاء ولكن قبل المنع لانه أو ان القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضموناً بالاستمرار عليه

رابعاً اذا تراضيا على صحة الرجوع أو قضى به وطلبها الواهب من الموهوب له فامتنع من التسليم مع التمكن منه وهلكت ضمن لثبوت الملك حينئذ للواهب فيكون متعدياً فى هذا المنع فيضمن ومتى تم الرجوع بأحد هذين الامرين كان فسخاً لعقد الهبة من الاصل واعادة لملكه القديم لا

هبة للواهب خلافاً لزفر اذا كان بالتراضي — أنظر مادة (٢٢٧)

وقد تقدم لك في شرح مادة (٥٢٢) ان العوض اما أن يكون بعد عقد الهبة وأما ان يكون مشروطاً فيه فالاول تقدم في شرح المادة المذكورة وأما الثاني بأن قال شخص لآخر وهبت لك كذا بشرط ان تعوضني بيتك الفلاني مثلا ففيه خلاف فالامام الاعظم وصاحباه يقولون ان هذا العقد هبة ابتداء بيع انتهاء ويبنى عليه ان هذا العقد يشترط فيه ابتداء ما يشترط في الهبة فلا يتم الا بالتقابض في العوضين ويبطل أحدهما بالشيوع اذا كان فيما يحتمل القسمة فاذا تم القبض الكامل ثبت الملك لكل من المتعاقدين فيترتب على كل منهما حكم البيع وتجرى عليه أحكامه فيرد كل منهما بالعيب وخيار الرؤية واذا كان أحدهما عقاراً أو كل منهما ثبتت فيه الشفعة وقال زفر والامام الشافعي ان هذا العقد بيع ابتداء وانتهاء فلا يشترط فيه شيء من شروط الهبة ووجها قولهما بأن المتعاقدين أتيا عقد البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ ولذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين لمن عليه ابراء وهبة المنفعة بعوض اجارة والاعارة بعوض اجارة — واستدل الامام وصاحباه بأن هذا العقد اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين فيكون ابتداؤه

(مادة ٥٢٧) لا يصح الرجوع في الهبة الا بتراضي العاقدين أو بحكم الحاكم فاذا رجع الواهب بأحدهما كان رجوعه ابطالا لأثر العقد في المستقبل واعادة للملك فلو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل القضاء أو الرضا فهلكت أو استهلكت ضمن قيمتها للموهوب له واذا طلبها بعد القضاء ومنعها الموهوب له فهلكت في يده ضمنها

معتبراً بلفظه فتجرى فيه أحكام الهبة وانتهاؤه معتبراً بمعناه فتجرى فيه أحكام البيع ولا تنافى بين حكميها لان حكم البيع قد يكون متراخياً عند اشتراط الخيار لاحدهما وفى البيع الفاسد فيكون موافقاً لحكم الهبة من حيث تأخيره الى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع لمانع منه بخلاف المسائل المستشهد بها فان العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعين الغاء اللفظ والعمل بالمعنى ولا يخفى من تقرير الدليلين ان مذهب الامام الشافعى وزفر ظاهر المراد — أنظر مادة (٥٢٨)

والصدقة كالهبة فشروطهما واحدة فلا تتم الا بالقبض ويشترط فيها أن تكون فى محوز أو مشاع فيما لا يحتمل القسمة لا فيما يحتملها الا بالافراز والتسليم لانها تبرع كالهبة فيلزمها مالزم فى الهبة ولكنها تفارقها فى عدم صحة الرجوع لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض سواء كانت لفقير أو لغنى وبعضهم يقول الصدقة على الغنى والهبة له سواء لانه يقصد به العوض دون الثواب كالهبة للفقير فانها صدقة لانه لا يقصد بها العوض بل الثواب وهو الظاهر — أنظر مادة (٥٢٩)

(مادة ٥٢٨) اذا وقعت الهبة بشرط عوض معلوم معين وقت العقد فلا تتم الا بالتقابض فى العوضين ويبطل العوض بالشيوع فيما يقسم فان اتصل التقابض فى العوضين ثبت الملك لكل من الطرفين وصارت معاوضة تجرى عليها أحكام البيع فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة فان لم يوجد التقابض فى العوضين أو قبض أحدهما دون الآخر فلكل منهما الرجوع

(مادة ٥٢٩) الصدقة كالهبة لا تملك الا بالقبض ولا رجوع فيها ولو كانت لغنى

﴿ الفصل الرابع ﴾

في الوصايا وفيه فصول

﴿ الفصل الأول ﴾

(فى حدّ الوصية وشرائطها ومن هو أهل لها)

العقد وان كانت أقسامه كثيرة الا أنه يمكننا تقسيمه بحسب المراد هنا الى قسمين القسم الاول ما يفيد حكمه حال الحياة الثانى ما يفيده بعد وفاة أحد المتعاقدين (الموصى) والموضوع الآن هو القسم الثانى وهو الوصية ومن حيث ان كل عقد لا بد له من تعريف وأركان وشروط فالوصية تحتاج الى ذلك واليك بيانها

﴿ تعريف الوصية ﴾

الوصية فى اللغة اسم مصدر بمعنى التوصية ومنه قوله تعالى (حين الوصية) وقد تطلق على الشيء الموصى به كقوله تعالى (من بعد وصية توصون بها أو دين) ومعناها فى اصطلاح الفقهاء تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصى به عيناً أو منفعة اذ كما تصح الوصية بالأعيان تصح بالمنافع والقياس يأبى جواز الوصية والاستحسان يجوزها لانها تمليك مضاف حال زوال الملك وهو ما بعد الوفاة مع ان الشخص لو أضاف التمليك الى حال قيام الملك بأن قال لغيره ملكتك هذا الشيء غداً كان

باطلا عند الفقهاء فتكون الوصية أولى بهذا الحكم ولكن الشارع أجازها استحسانا لحاجة الناس اليها اذ الانسان مغرور بأمله مقصر فى عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تدارك ما فاته من التقصير بسبب ماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المالى ولو اتسع الوقت وأحوجه الى الانتفاع به صرفه فى حاجته فشرعها الشارع تمكينا من العمل الصالح وقضاء للحاجة عند الاحتياج الى تحصيل المصالح وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقى فى قدر التجهيز والدين ومثل الوصية فى هذا المعنى الاجارة لما فيها من اضافة تمليك المنافع فى الزمن المستقبل ولكن الشارع أجازها للضرورة — أنظر مادة (٥٣٠)

﴿ أركان الوصية ﴾

أركان كل عقد اثنان وهما الايجاب والقبول ومن حيث أن الوصية عقد فأركانها ما ذكر ولا يشترط فى الايجاب لكل عقد ألفاظ مخصوصة اذ الغرض الاتيان بما يدل على تعين العقد وينبنى على ذلك أنه اذا قال شخص أوصيت لفلان بثلث مالى أو وهبته له بعد وفاتى أو ملكته له بعدها وما يماثل هذه الالفاظ كان كل ذلك وصية لان أوصيت صريح فيها ولذا لا يحتاج فيه الى التصريح بما بعد الموت وملكت وان كان محتملا لها ولغيرها مثل البيع والهبة الا أن التقييد بما بعد الوفاة ينفى غيرها ومثله الهبة ولا يكون القبول معولا عليه فى كل العقود الا اذا صدر فى المجلس الذى حصل فيه الايجاب ولو حكما

(مادة ٥٣٠) الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع

الا عقد الوصية فانه لا يعول على القبول فيها الا اذا صدر من الموصى له بعد موت الموصى ولذا لو قبل حال حياته ثم ردها بعد وفاته صح هذا الرد والسبب فى ذلك أن التملك فى الوصية لا يكون الا بعد وفاة الموصى فلا يعتد بالقبول الا اذا صدر فى هذا الوقت وسيأتى هذا المبحث فى شرح مادة (٥٤٣)

﴿ شروط الوصية ﴾

من المعلوم أنه لا يتأتى وجود أى عقد الا اذا كان هناك عاقدان ومعقود عليه وكل له شروط يلزم وجودها ليكون العقد مستوفياً جميع ما يلزم له فشروط الوصية أنواع منها ما يرجع الى الموصى ومنها ما يرجع الى الموصى له ومنها ما يرجع الى الموصى به

فالشروط التى ترجع الى نفس الموصى هى أن يكون أهلا للتبرع ولا يكون كذلك الا اذا كان حراً عاقلا بالغاً مختاراً لان الرقيق لا يملك شيئاً فلا يتأتى أن يملك وعبارة المجنون غير صحيحة اذ صحة العبارة تبنى على التمييز وهو غير مميز ولان البلوغ شرط فى صحة عقود التبرعات لان الصغير إن كان غير مميز فهو كالمجنون وان كان مميزاً فالوصية من العقود الضارة وهى لا تصح منه . واشترط الاختيار لان المكره مضطر فهو يفعل المكره عليه بغير ارادته ولذا ثبت له فسخ عقود المعاوضة بعد زوال الاكراه . ووصية الصغير لا تصح ولو كان مراهقاً أى قريباً من البلوغ وسواء كان محجوراً عليه او مأذوناً له فى التجارة لانه لا يملك التبرعات مطلقاً وسواء كانت الوصية منجزه بأن قال أوصيت لفلان بربع مالى أو معلقة على بلوغه بأن قال ان

بلغت فقد أوصيت لفلان بثلث مالى ولـكن تصح وصايا الصغير المميز اذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ودفنه بشرط مراعاة المصلحة

وأما ما يرجع الى الموصى له من الشروط فهو أن يكون حياً وقت الوصية سواء كانت حياته محققة وهى ظاهرة أومقدرة كما فى الحمل فان الوصية له صحيحة بالشروط الآتية فى شرح مادة (٥٤٠) ويظهر أن محل اشتراط هذا الشرط اذا كان الموصى له معيناً بأن قال أوصيت لفلان بن فلان وليس لفلان ابن مسمى بهذا الاسم أما اذا كان الموصى له غير معين فلا تشترط حياته وقت الوصية لقولهم الموصى له اذا كان معيناً من أهل الاستحقاق يعتبر صحة الايجاب يوم أوصى ومتى كان غير معين تعتبر صحة الايجاب يوم موت الموصى

وينبنى على ذلك أنه لو أوصى بثلث ماله لبنى فلان ولم يسمهم ولم يشر اليهم فالوصية لبنيه الموجودين وقت موت الموصى سواء كانوا موجودين وقت الوصية أولا لانهم غير معينين فتعتبر صحة الايجاب يوم موت الموصى وان سماهم أو أشار اليهم فالوصية للموجودين خاصة ولذا لو ماتوا قبـل موت الموصى بطلت الوصية ولو كان لفلان غيرهم لان الموصى له معين فتعتبر صحة الايجاب يوم الوصية

واما ما يرجع الى الموصى به من الشروط فهو أن يكون قابلا للتمليك بعـد موت الموصى بعقد من العقود سواء كان مالا أو منفعة وسواء كان موجوداً فى الحال أو معدوماً الا أنه يشترط فى المعدوم ان يكون قابلا للتمليك بعقد من العقود حال حياة الموصى ولهذا لو أوصى بما تثمر نخيله فى هذا العام أو أبدا صحت الوصية وان كان الموصي به معدوما وقتها لانه يقبل

التمليك حال حياة الموصى بعقد المعاملة ولو أوصى بما تلد أغنامه لم تصح استحسانا لان الموصى به لا يقبل التمليك بعقد من العقود

وأما وجود الموصى به وقت الوصية فليس بشرط اذا كان الموصى به غير معين عينا أو نوعا فلو كان كذلك اشترط وجوده وينبنى على ذلك انه اذا قال أوصيت بثلث مالى لفلان استحق الموصى له ثلث جميع مال الموصى عند وفاته سواء كان مملوكا له وقت الوصية أو ملكه بعدها واذا قال أوصيت لفلان بثلث غنمى وكانت له غنم وقت الوصية فهلكت قبل موته بطلت الوصية ولو اكتسب غيرها لتعلقها بالموجود فتبطل بهلاكه — أنظر مادة (٥٣١)

ولا يشترط لصحة الوصية ان يكون الموصى غير محجوز عليه لسفه بل لو كان كذلك صحت وصيته اذا كانت فى سبل الخير ولكن لا تنفذ وصاياه من كل المال بل من الثلث ان كان له وارث ولم يجز الوصايا فان لم يكن أو كان وأجازها نفذت من كل المال . وصحة وصايا السفيه مأخوذ فيها بالاستحسان أما القياس فيأبى صحتها لان الوصية تبرع وان كان التمليك لا يكون الا بعد الوفاة ووجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كى لا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك يكون حال حياته فيما اذا أتلف جميع ماله بتبرعاته لا فيما ينفذ من الثلث أو من الكل بعد وفاته أى فى حال استغنائه عن ماله خصوصا وأن

(مادة ٥٣١) يشترط لصحة الوصية كون الموصى حرا بالغا عاقلا مختارا أهلا للتبرع والموصى له حيا تحقيقا أو تقديرا والموصى به قابلا للتمليك بعد موت الموصى فلا تصح وصية مجنون ولا صبى ولو مراهقا أو مأذونا لا تنجيزا ولا تعليقا بالبلوغ وانما تجوز وصية الصبى المميز فى أمر تجهيزه ودفنه

الوصية فى أبواب الخير فيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل — أنظر مادة (٥٣٢)

ويؤخذ من تعريف الوصية الذى هو تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع أنها تصح بالاعيان سواء كانت عقاراً أو منقولا وبمنافعها لان التمليك يصح فى كل ما ذكر وعند ما تكون بالمنافع يجوز أن تقيد بمدة معلومة كسكنى داره أو غلة أرضه ثلاث سنين مثلا وأن تكون أبداً أى مدة عمر الموصى له وستعرف هذا المقام بما لا مزيد عليه فى الفصل الثالث فى الوصية بالمنافع — أنظر مادة (٥٣٣)

ولا يمكننا الحكم على الوصية فى أول الامر بأنها تنفذ من ثلث المال أو من كله أو لا تنفذ فى شىء منه لان ذلك يختلف باختلاف حال الموصى والموصى له والموصى به وذلك أن الموصى أما ان يكون غير مديون واما أن يكون مديوناً فان كان مديوناً فاما أن يكون دينه مستغرقاً لجميع تركته واما أن يكون غير مستغرق لها وعلى كل فاما أن يكون الموصى له وارثاً للموصى أو أجنبياً منه وان كان أجنبياً فاما أن يكون للموصى وارث أو لا وفى كل هذه الاحوال اما ان تكون الوصية بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه وكل له حكم يخصه فاستمع لما يأتى عليك حتى تعرف فى نهايته حكم كل حالة على حدتها واليك البيان . فان كان الموصى غير مديون أصلا وكانت الوصية لاجنبى

(مادة ٥٣٢) وصايا المحجور عليه لسفه جائزة فى سبل الخير

(مادة ٥٣٣) تصح الوصية بالاعيان منقولة كانت أو غير منقولة وبمنافعها مقيدة بمدّة معلومة أو مؤبدة

منه ولم يكن له وارث نفذت الوصية ولو استغرقت جميع تركته فلا حق لبيت المال فى المعارضة بل اذا لم تكن الوصية بالكل فله الباقى بعد الموصى به وان كانت بالكل فلا يستحق شيئاً والسبب فى ذلك أن الموصى له ولو بجميع المال مقدم فى الاستحقاق على بيت المال واذا كان كذلك فلا حق له فى المعارضة كما ستعرفه من ترتيب المستحقين للتركة فى شرح مادة (٥٨٤) انظر مادة (٥٣٤)

وان كان الموصى مديوناً وكان دينه مستغرقاً لتركته بأن كانت الديون الثابتة فى ذمته وقت موته ثلاثة آلاف جنيه مثلا وتركته تقوم بهذا المبلغ فلا تنفذ الوصية سواء كان الموصى به قليلا او كثيراً وسواء كان الموصى له اجنبياً منه أو وارثاً له اللهم الا اذا أبرأه الدائنون فانها تنفذ ولو استغرقت جميع المال وأما اجازة الورثة فى هذه الحالة فلا تفيد شيئاً وانما كان الحق فى هذه الحالة للدائنين لا للورثة لان حق الورثة فى الارث مؤخر عن قضاء الدين وقضاء الديون مقدم على الوصية فالاجازة وعدمها يثبتان لصاحب الحق فان شاء ألغاها وإن شاء أمضاها وفى هذا المثال يأخذ كل من الدائنين دينه كاملا لان التركة وافية بالجميع فاذا فرضنا أن تركته فى المثال المتقدم الف وخمسمائة جنيه فقط قسم هذا المبلغ بين الدائنين بنسبة دين كل منهم فيأخذ كل منهم نصف دينه لان التركة لا تساوى الا نصف الديون

وان كان الموصى مديوناً ولكن دينه غير مستغرق لتركته بأن كانت

(مادة ٥٣٤) يجوز لمن لا دين عليه مستغرقاً لماله ولا وارث له أن يوصى بماله كله او بعضه لمن يشاء وتنفذ وصيته بلا توقف على اجازة بيت المال

الديون الثابتة عليه وقت موته الفى جنيه وتركته تساوى خمسة آلاف جنيه فنخرج من التركة أولا مقدار الديون لان قضاءها مقدم على الوصية ونحكم على المبلغ الذى زاد عن الدين وهوهنا ثلاثة آلاف جنيه بالحكم على الوصية فى حالة ما اذا كانت التركة خالية عن الدين — انظر مادة (٥٣٥)

وان كان الموصى غير مدين وكانت الوصية لوارث وكان للموصى ورثة غيره فلا تنفذ الوصية الا اذا أجازتها الورثة سواء كانت الوصية بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه لما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام « ان الله أعطى كل ذى حق حقه ألالاوصية لوارث» وقوله «لاوصية لوارث الاان تجيزها الورثة » ولان الوصية لو نفذت للوارث من غير اجازة باقى الورثة لتضرر غير الموصى له بسبب ايثاره بما يأخذه زائداً عن الاستحقاق الذى قدره الله له فى التركة فيؤدى هذا التضرر الى قطيعة الرحم فترتكب الورثة مع بعضهم مالا تحسن عقباه وهذا لا يحصل عند تخييرهم فى الاجازة وعدمها لانهم ان منعوها فقد أخذ كل ذى حق حقه بلا ايثار للبعض على الآخر فلا تحصل العداوة والبغضاء بينهم وان أجازوها برضاهم كانت عن طيب نفس فينتفى الحقد المؤدى الى المشاكل — فان لم يكن له وارث غير الموصى له فان كان غير أحد الزوجين فلا فائدة فيها لاستحقاقه الكل من غير وصية وان كان أحد الزوجين نفذت اذ لامزاحم له وهولا يستحق الكل بطريق الميراث فتكون مفيدة — ولا تكون اجازة الورثة معولا عليها الا اذا كانت بعد

(مادة ٥٣٥) من كان عليه دين مستغرق لماله فلا تجوز وصيته الا أن يبرئه الغرماء أو اجازتهم

موت الموصى فلو أجازوها حال حياته ومنعوها بعد وفاته صح هذا المنع لان اجازتهم حال الحياة حصلت قبل ثبوت الحق لهم اذ الحق يثبت لهم بالموت فكان لهم أن يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصى فيردوها لانها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل وكل ساقط فى نفسه مضمحل متلاش فيثبت لهم رده بعد موت المورث

ولكن يقال كيف تكون اجازتهم حال حياته ساقطة مع أن حقهم ثابت فى ماله من أول ما مرض بدليل منعه من التصرف لحقهم وان كان ذلك الثبوت على سبيل التوقف الى الموت فاذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتاً من أول المرض وان الاجازة صادفت محلها لاستناد حقهم الى أول المرض فتصير الاجازة حال الحياة مفيدة كالاجازة بعد الوفاة

وأجابوا عن ذلك بأن الاستناد انما يظهر فى حق القائم فاجازتهم حين وقعت فى حياته وقعت باطلة وما وقع باطلا لا يظهر فى حق الاستناد ولان حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحق فلو استند من كل وجه لانقلب مجرد الحق حقيقة قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك المورث حقيقة واذا لم يتصور بقى حقاً على حاله لا حقيقة والرضا ببطلان ذلك الحق لا يكون رضا ببطلان حقيقة الملك الذى يحدث لهم بعد موته بخلاف ما اذا أجازوها بعد موته فليس لهم أن يرجعوا عنها لانها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فتلزم (تأمل)

ويشترط فى صحة الاجازة ان يكون المجيز من أهل التبرع فان لم يكن كذلك فلا تصح اجازته وينبني على ذلك ان اجازة كل من الصبي والمجنون

والمعتوه غير معتد بها لان كلا منهم ليس أهلا للتبرع وكذا المحجور عليه لسفه ومثلهم المريض مرض الموت ولكن لما كان الحجر على هذا بالنسبة لثلثي ماله فقط لحق الورثة اعتبرت اجازته نافذة من الثلث وحينئذ ينظر الى القدر الذى يؤخذ من استحقاقه فى التركة بسبب اجازته فان كان لا يتجاوز ثلث ماله صحت الاجازة وان لم تجزها ورثته فان تجاوز الثلث توقف الزائد على اجازتهم فان أجازوا نفذت لان المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المنع . هذا اذا كان المجاز له غير وارث له فان كان فلا تنفذ الا بالاجازة ولو قل المجاز . ويعتبر كون الموصى له وارثا أو غير وارث عند موت الموصى لا وقت الوصية لان التمليك فيها لا يكون فى الحال بل هو مؤخر الى مابعد الموت فيعتبر اتصاف الموصى له بهذا الوصف وقت التمليك لا قبله . وينبنى على ذلك انه اذا كان لشخص أخ شقيق أو لأب وزوجة وأم فأوصى لأخيه بشىء من تركته ثم ولد له ابن بعد الوصية وتوفى الموصى والكل موجودون استحق الاخ الوصية ان كانت لا تتجاوز الثلث فان تجاوزته فلا بد من اجازتهم للزائد لان الاخ وان كان وارثا وقت الوصية لعدم وجود من يحجبه ولكنه صار غير وارث عند الموت لانه لا يستحق شيئا مع وجود ابن للمتوفى وعدم اتصافه بالوارثية وقت الموت هو المعول عليه فى استحقاق الموصى به ولو كان وارثا وقت الوصية أما لو كان الابن موجوداً وقت الوصية والمسألة بحالها ثم مات قبل موت أبيه الذى مات عن المذكورين فلا يستحق الاخ شيئا من الوصية الا باجازة من معه من الورثة لانه وان كان غير وارث وقت الوصية لوجود الابن وهو يحجبه الا انه صار وارثا وقت الموت وهو المعول عليه فى عدم استحقاق الوصية الا بالاجازة

فالاستحقاق وعدمه يدوران على كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت بقطع النظر عن اتصافه بهذا الوصف أو سلبه عنه وقت الوصية . فلو كان لشخص ابن وأخ شقيق وأخ لاب وأخ لام فأوصى بشيء لاخوته ومات عن الجميع استحقوا الموصى به ان لم يتجاوز الثلث فان تجاوزه توقف الزائد على اجازة الابن لانهم غير وارثين اذ الابن يحجبهم . ولو كان مكان الابن بنت صحت الوصية للاخ لأب والأخ لأم ولا تصح للأخ الشقيق الا ان تجيزها البنت لأن الأخ لأب محجوب بالشقيق والأخ لأم محجوب بالبنت فهما غير وارثين فلو كانت الوصية للبنت توقف نفاذها على اجازة الاخ الشقيق لانه هو الوارث ولا يمكنك معرفة هذا الموضوع تمام المعرفة الا بعد معرفة المواريث

وان كان الموصى غير مدين وكانت له ورثة وكان الموصى له أجنبياً منه بأن كان غير وارث له وقت موته فان كانت الوصية لا تتجاوز ثلث المال نفذت وان لم تجزها الورثة الا اذا كان هناك مانع من النفاذ كما اذا قتل الموصى له الموصى أو كان برّه غير جائز شرعاً فان تجاوزت الوصية الثلث توقف الزائد على اجازة الورثة فان ردوها بطلت وأن أجازوها نفذت لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع — ودليل هذا ما روى عن سعد ابن ابى وقاص رضى الله تعالى عنه انه قال « جاءنى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يعودنى من وجع اشتدّ بى فقلت يارسول الله قد بلغ بى من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأوصى بثلثى مالى قال لا قلت فالشطر يارسول الله قال لا قلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير أو كبير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس »

ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الانتقال اليهم وهو استغناؤه عن المال الا ان الشرع لم يظهره فى حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره واظهره فى حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزاً عما يتفق لهم من التأذى بالايثار واما اذا لم تكن له ورثة اصلا فانها تنفذ من كل التركة وان لم يجزها بيت المال لتأخر استحقاقه عن الموصى له والاجازة لا تكون معولا عليها الا اذا كانت بعد وفاة الموصى وكان المجيز من اهل التبرع وقد تقدم لك هذا فى شرح المادة السابقة فارجع اليه

وقد علم حكم ما اذا أجازت كل الورثة اما ان أجازها البعض وردها الباقى كانت الوصية فى حق الذى أجاز كأن كلهم أجازوها وفى حق الذى لم يجز كأن كلهم لم يجيزوها ولنوضح لك هذا بمثال وأنت تقيس عليه غيره وهو اذا فرضنا ان رجلا أوصى لآخر بنصف ماله ومات عن ابنين فان أجازت الورثة فالمال يقسم بينهم ارباعاً للموصى له ربعان وهو النصف ولكل واحد من الابنين الربع لان الوصية مقدمة على الارث فتنفذ الوصية أولاً وهى بالنصف والنصف الثانى يقتسمه الابنان وان لم يجيزا الوصية فللموصى له ثلث المال لنفاذها فيه من غير اجازة والثلثان للابنين لكل واحد منهما الثلث وان أجازها واحد ولم يجز الآخر جازت فى حق الذى أجاز كأنهما أجازا فيعطى له ربع المال وبطلت فى حق الذى لم يجز كأنهما لم يجيزا فيعطى له ثلث المال والباقى يكون للموصى له وحينئذ فنقسم المال الى اثنى عشر جزأ لاحتياجنا الى الثلث والربع وهو أقل عدد صحيح يؤخذ منه ما ذكر فيعطى ربعه للذى اجاز وهو ثلاثة أسهم والثلث للذى لم يجز وهو أربعة أسهم فتبقى خمسة تعطى للموصى له ومتى صحت اجازة

الورثة للوصية سواء كانت لوارث أو لغيره يتملكه المجاز له من قبل الموصى لا من قبل المجيز وينبنى على ذلك ما يأتى :

أولا — ان المجيز ليس له الرجوع عن الاجازة فيجبر على تسليم الموصى به ولو كان التمليك من قبل المجيز لصح رجوعه لانها تكون هبة وهى لاتتم الا بالقبض فلا يجبر على التسليم

ثانياً — أن الموصى له يملك الموصى به قبل القبض ولو كان التمليك من قبل المجيز لما ملكه الا به لانها تكون هبة وهى لا تملك الا بالقبض

ثالثاً — اذا كان الموصى به مشاعاً فيما يحتمل القسمة صحت الاجازة فيه ولو كان التمليك من قبل المجيز لما صحت الاجازة لانها تكون هبة منه وهى لا تصح فى المشاع الذى يحتمل القسمة الا بالافراز والتسليم — انظر مادتى(٥٣٦ و ٥٣٧)

ولما كانت الزوجية من أسباب الميراث وكانت الوصية لوارث لا تنفذ ولو كانت بأقل من الثلث الا اذا أجازتها بقية الورثة كانت وصية

(مادة ٥٣٦) لا تجوز الوصية لوارث الا اذا أجازها الورثة الاخر بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع . ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت موت الموصى لا وقت الوصية . وليس للمجيز أن يرجع في اجازته ويجبر على التسليم اذا امتنع . واذا أجازها بعض الورثة وردها البعض جازت على المجيز بقدر حصته وبطلت فى حق غيره

(مادة ٥٣٧) تجوز الوصية بالثلث للاجنبي عند عدم المانع من غير اجازة الورثة . ولا تجوز بما زاد على الثلث الا اذا أجازها الورثة بعد موت الموصى وهم من أهل التبرع ولا عبرة باجازتهم في حال حياته

أحد الزوجين للآخر موقوفة على اجازة باقي الورثة فان أجازوها نفذت وان ردوها بطلت ولا شك في أن هذا اذا كان لاحدهما ورثة غير الموصى له فان لم يكن له غيره نفذت الوصية من كل التركة وان لم يجزها بيت المال لان استحقاقه مؤخر عن الموصى له ولو بكل التركة

والحكمة في تخصيص أحد الزوجين بهذا الحكم وان كان عاماً أن وصية أحدهما للآخر عند عدم وجود غيره من الورثة مفيدة لان كلا منهما لا يستحق الا فرضه ولا يأخذ الباقي بطريق الرد على القول المعمول به

فعند الوصية لأحدهما بالكل يستحق كل التركة بسبب الوصية وأما الوصية لغير واحد منهما اذا لم يكن للموصي وارث غيره فلافائدة فيها اذ هو يستحق الكل بطريق الميراث لانه ان كان عصبة كالاخ الشقيق والعم لاب مثلا أو ملحقاً بالعصبة كذي الرحم أخذ الكل من هذه الجهة وان كان صاحب فرض كالام والبنت أخذ بعضه بطريق الفرض والبعض الآخر بالرد . فالوصية غير مفيدة لاستحقاقه الكل على كل حال — انظر مادة (٥٣٨)

ومن شروط الوصية أن يكون الموصى له غير قاتل للموصي فان كان كذلك فلا تصح الوصية له ولكن ليس كل قاتل يحرم من الوصية بل اذا كان متعمداً أو مخطئاً فان كان متسبباً في القتل كما اذا حفر شخص بئراً في غير ملكه فاتفق أن الموصي وقع فيه ومات فلا يحرم من الوصية لانه غير قاتل

(مادة ٥٣٨) تجوز وصية الزوج لزوجته ووصيتها له اذا لم يكن لاحد منهما وارث آخر والا توقف نفوذها على اجازته

حقيقة ولا فرق بين أن يكون الايصاء حصل قبل القتل المانع أو بعده أما الاول فظاهر وأما الثانى فيصور بما اذا فرض ان شخصا جرح غيره جرحا يؤدى الى موته فأوصى له قبل أن يموت بشيء من أمواله بأن كان لا يعلم أنه هو الضارب له ولكن أظهر التحقيق بعد ذلك ادانته أو كان يعلم ولكنه تحقق انه غير قاصد وانما كان القتل مانعا من استحقاق الوصية لقوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية للقاتل» والقتل العمد لا يحرم من الوصية الا اذا كان بغير حق فان كان بحق كما اذا قتل موصيه قصاصا أو حداً بأن قتل الزوج زوجته او ذات رحم من محارمه الاناث لاجل الزنا فانه يستحق الوصية لكن لا بد من تحقق الزنا أما بمجرد التهمة فلا يستحقها أو قتله دفعا عن نفسه كما اذا أراد الموصى قتل الموصى له ولا يمكن دفعه عن نفسه الا بقتله فقتله استحق الوصية

ومثله ما اذا كان القاتل صبياً أو مجنوناً فانه يستحق الموصى به أيضاً ولكن يقال كيف تستثنى هذه الصور مع ان مقتضى قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل » انه لا يستحق مطلقا والجواب عن ذلك انه انما أخرج القاتل بحق لان الحرمان شرع عقوبة على القتل المحظور فاذا كان بحق فلا حظر فيه فلا عقوبة فلا حرمان من الوصية

وانما أخرج القاتل بسبب لانه ليس بقاتل حقيقة الا ترى أنه لو حفر بئراً فى ملكه لم يؤخذ بشيء مع أن القاتل يؤخذ بفعله سواء كان فى ملكه أو فى ملك غيره واذا لم يكن قاتلا حقيقة لم يتعلق به جزاء القتل وهو الحرمان من الوصية

وانما أخرج الصبي والمجنون لان الحرمان كما عرفت جزاء للفعل المحظور

وفعلها لا يوصف بالحظر شرعاً اذ لا يتصور خطاب الشارع لهما بخلاف المخطىء فانه أهل لذلك وأيضا الحرمان باعتبار التقصير فى التحرز ويتصور نسبة التقصير الي المخطىء دونهما وكل هذه الاحكام متفق عليها من الامام وصاحبيه

ولكن محل عدم استحقاق القاتل للوصية إذا لم تجز الورثة فان أجازوها نفذت ومن حيث أن المنع لحقهم فاذا فرضنا أن المقتول ليس له وارث سوى القاتل نفذت الوصية ايضاً لعدم المانع وهذا الحكم ليس متفقاً عليه بل القائل به الامام الاعظم ومحمد وقال ابو يوسف لا تجوز الوصية للقاتل ولو أجازتها الورثة أو لم يكن للمقتول وارث سواه ويظهر أن هذا الخلاف مبنى على الخلاف فى علة الحرمان من الوصية فعندهما هى لحق الورثة دفعاً للغيظ عنهم حتى لا يشاركهم فى ماله من سعى فى قتله وهذا ينعدم إذا لم يوجد وارث أو وجد وأجاز وعند أبى يوسف علة المنع هى العقوبة على الجناية التى ارتكبها وهى باقية وان لم يكن له وارث غيره أو كان وأجاز ومن تأمل فى قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل » مع قوله « لا وصية لوارث الا أن تجيزها الورثة » علم ظهور أحد القولين وقيد بعضهم هذا الخلاف بما اذا لم يكن القتل عمداً بعد الوصية فان كان كذلك لغت الوصية اتفاقاً لانه استعجل شيئاً قبل أوانه فيعاقب بالحرمان منه — أنظر مادة (٥٣٩)

(مادة ٥٣٩) لا تجوز الوصية لقاتل الموصى مباشرة عمداً كان القتل أو خطأ قبل الايصاء أو بعده الا اذا أجازت الورثة أو كان القاتل صبياً أو مجنوناً أو لم يكن للمقتول وارث سواه ولا يحرم المتسبب فى القتل من الوصية ·

وقد تقدم فى الكلام على شروط الوصية انه يشترط فى الموصى له أن يكون حياً وقت الوصية سواء كانت حياته محققة أو مقدرة فالاولى ظاهرة والثانية تأتى فى الحمل فالوصية له صحيحة بخلاف الهبة والفرق بينهما أن الوصية استخلاف من وجه لان الموصى يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين يصلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية اذ هى أخته غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة فانها تمليك محض ولا ولاية لاحد على الجنين حتى يملكه شيئاً وينبنى على انتفاء الولاية على الحمل انه لو صالح أبوه أو أمه عنه بما أوصى له به لم يجز لان الحمل لا يلى ولا يولى عليه ثم أن الحمل لا يستحق الموصى به الا اذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية فلو ولد لتمام ستة أشهر أو لاكثر احتمل وجوده وعدمه وقتها فلا تصح لان شرط صحة الوصية أن يكون الموصى له محققاً وجوده وقتها

هذا اذا لم يقر الموصى بانها حامل فان أقر بذلك ثبتت الوصية له أن وضعته فى مدة سنتين من يوم أوصى لان وجوده فى بطنها عند الوصية ثبت باقرار الموصى وهو غير متهم فيه فيصح لانه أوجب بهذا الاقرار ماهو خالص حقه وهو الثلث فيلحق بما لو صار معلوماً يقيناً بان وضعته لأقل من ستة أشهر . ومحل اشتراط الولادة لأقل من ستة اشهر من وقت الوصية اذا كان زوج المرأة الموصى لحملها حياً فلو كان ميتاً وامرأته فى العدة حين الوصية فالشرط فى استحقاق الحمل للموصى به أن تلد لاقل من سنتين من وقت الوفاة ولو كانت ولادته لاكثر من ستة أشهر من وقت الوصية لأنه يكون ثابت النسب من المتوفى فيكون الشارع قد حكم بوجوده وقتها فتصح

له . ومثل الوفاة فيما ذكر الطلاق البائن فان وضعت المرأة الموصى لحملها ولداً واحداً استحق جميع الموصى به لعدم المزاحم اما اذا ولدت توأمين . وهما الولدان اللذان خلقا من ماء واحد بان يكون بينهما فى الولادة أقل من ستة أشهر فان كانا حيين قسم الموصى به بينهما مناصفة فلو كانوا ثلاثة قسم اثلاثاً لاننا لو أعطيناه لواحد منهما أو منهم لزم عليه الترجيح بلا مرجح اذ الكل حمل وهو لا يجوز وينبنى على ذلك انه اذا مات أحدهما أو أحدهم بعد ولادته حياً فنصيبه فى الوصية يقسم بين ورثته لانه استحقه قبل وفاته فهو من تركته أما اذا مات قبل الولادة فالوصية للحى لعدم استحقاق الميت شيئاً فلا يزاحم الحى — انظر مادة (٥٤٠)

واذا وقعت الوصية لمن هو أهل للاستحقاق صحت بالاجماع فان كانت لغيره كالمساجد والتكايا والمستشفيات والمدارس صحت أيضاً على المفتى به بسبب حمل مثل هذا الكلام على مصالح هذه الاشياء لا على ارادة عينها لأنها ليست من أهل الملك

ومتى صحت الوصية لهذه الاشياء يصرف الموصى به على عمارتها وفقرائها وسراجها وغير ذلك مما هو لازم بالنسبة لها ومما هو متعارف بالنسبة للوصية وكما تجوز الوصية لهذه الاشياء تجوز لاعمال البر ويصرف الموصى به فى

(مادة ٥٤٠) تجوز الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية ان كان زوج الحامل حياً أو لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق البائن ان كانت معتدة لوفاة أو لطلاق بائن حين الوصية . فان جاءت المرأة بتوأمين فالوصية لهما نصفين . وان مات أحدهما بعد الولادة فوصيته ميراث بين ورثته وان مات أحدهما قبل الولادة فالوصية للحي منهما

وجوه الخير كبناء القناطر والمساجد والانفاق على طلبة العلم ونحو ذلك من الاعمال النافعة التى ليس فيها تمليك لاحد مخصوص — انظر مادة (٥٤١)

ولا يشترط لصحة الوصية اتحاد الدين وينبنى على ذلك ان وصية المسلم لغير المسلم جائزة بدليل قوله تعالى (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين) انما يشترط لصحة هذه الوصية ان يكون الموصى له ذمياً أو مستأمناً فى دار الاسلام فلو كان حربياً لم تصح لقوله تعالى بعد الآية السابقة (انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم أن تولوهم) فما علينا الا امتثال الامر وكما تجوز الوصية من المسلم لغيره تصح أيضاً اذا كانت من غيره له فتجوز وصية الذمي والمستأمن للمسلم حتى ان المستأمن لو أوصى بجميع ماله لمسلم نفذت اذا لم يكن له وارث فان كان ولم يجز نفذت فى الثلث فقط فيرد الباقى الى ورثته وبالجملة فاننا نحكم على وصية الذمي والمستأمن بالاحكام التى حكمنا بها على وصية المسلم وهى المتقدمة فى شرح مادة (٥٣٤) والمواد الخمسة التى بعدها — أنظر مادة (٥٤٢)

(مادة ٥٤١) تجوز الوصية للمساجد والتكايا والمارستانات والمدارس وتصرف على عمارتها وفقرائها وسراجها وغير ذلك مما يلزم . ويعتبر فى كل شىء من ذلك ما هو متعارف فى الوصية له وما يوجد من الدلالات . وتجوز لاعمال البرّ وتصرف فى وجوه الخير ومنها بناء القناطر وبناء المساجد وسراجها وطلبة العلم ونحو ذلك من الاعمال النافعة التى ليس فيها تمليك لاحد مخصوص

(٥٤٢) اختلاف الدين والملة لا يمنع صحة الوصية فتجوز الوصية من المسلم

ولما كان كل عقد لا بد فيه من القبول كانت الوصية كذلك اذ هى عقد ولذا لا يملك الموصى له الموصى به الا بالقبول اذ لا يملك أحد اثبات الملك لغيره بدون اختياره ولانه لو ثبت الملك بدون القبول لتضرر الموصى له فيما اذا كانت الوصية بحيوان لا ينتفع به مثلا فان نفقته تجب عليه بلا فائدة ولا يشترط فى القبول أن يكون صريحاً بل كما يكون به يكون بالدلالة فالصريح هو الاتيان بلفظ يدل على رضاه بها كقوله قبلت وصية فلان أو رضيت بها والدلالة هى الاتيان بفعل يدل على رضاه كا . تيلائه على الموصى به بعد موت الموصى ولكن لما كانت الوصية تخالف العقود من جهة ان التمليك فيها لا يكون الا بعد موت الموصى كان القبول المعوّل عليه هو الذى يصدر فى هذا الوقت ولذا لو صدر حال الحياة صح رده بعد الوفاة لان أوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبله

ومثل القبول الرد فلو رد حال الحياة وقبلها بعد الوفاة صح لما ذكر فاذا قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصى ملك الموصى به وان لم يقبضه لشبهها بالميراث بخلاف الهبة فانها لا تملك الا بالقبض كما عرف ذلك فى موضعه وان ردها فالموصى به مملوك للورثة أما اذا لم يحصل واحد منهما فى الوقت المعوّل عليه تكون الملكية فى الموصى به موقوفة بمعنى انه يكون غير مملوك

للذمى والمستأمن بدار الاسلام ومن الذمى والمستأمن للمسلم والذمى ولو من غير ملته . ويجوز للمستأمن الذى لا وارث له بدار الاسلام ان يوصى بجميع ماله وان أوصى ببعضه يرد الباقى الى ورثته . وتنفذ وصية الذمى من ثلث ماله لغير الوارث ولا تنفذ للوارث الا باجازة الورثة الاخر

لا للورثة ولا للموصى له حتى يتبين الحال فان قبل ملكه وان ردّ ملكته الورثة ولا يلزم على هذا ان الموصى به يكون سائبة أى لا مالك له ولا سائبة فى الاسلام لان السائبة الممنوعة فى الاسلام هى السائبة بلا مالك فى أى زمن من الازمان وهذه ليست كذلك اذ مدة كونها سائبة مقيدة بالزمن الذى لم يحصل فيه قبول ولا ردّ من الموصى له فان قبل دخل فى ملكه وان ردّ دخل فى ملك الورثة وهذا له نظائر فى الشرع وهى التركة المستغرقة بالدين بأن مات شخص وعليه ديون مستغرقة لتركته فان التركة تخرج من ملك الميت بلا شك ولكن لا تدخل فى ملك الورثة ولا فى ملك الدائنين بل تكون موقوفة فان دفعت الورثة الدين ملكوها وان امتنعوا عن ذلك تباع لقضاء الديون من ثمنها فاذا فرضنا ان الموصى له مات بعد موت الموصى بلا قبول ولا رد دخل الموصى به فى ملكه فينتقل الى ورثته وهذا الحكم مأخوذ فيه بالاستحسان وان كان القياس يبطل الوصية لانه لا يملك أحد اثبات الملك لغيره بدون اختياره ووجه الاستحسان ان الوصية من جهة الموصى قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات الموصى له بلا ردّ يكون كقبوله دلالة فيدخل الموصى به فى ملكه وينتقل الى ورثته ولكن محل اشتراط القبول فى الوصية اذا كانت لمعين يمكن قبوله بخلاف ما اذا كانت لنحو الفقراء والمساكين وبنى هاشم اللهم الا ان يقال ان القبول وجد دلالة وهو معول عليه — أنظر مادة (٥٤٣)

(مادة ٥٤٣) لا يملك الموصى به الا بقبول الوصية صريحاً أو دلالة كموته قبل قبوله ورده كما يأتى — ولا يصح قبولها الا بعد موت الموصى ولا عبرة بالقبول والرد فى حال

ومما يترتب على ان التمليك فى الوصية لا يكون الا بعد موت الموصى والقبول المعول عليه كذلك ان للموصى الرجوع ولو قبل الموصى له لأن وقت قبول التمليك المعول عليه آت فى المستقبل فيصح له الرجوع عن الايجاب ما دام القبول المعتبر لم يحصل والرجوع أما ان يكون صريحاً واما ان يكون دلالة فالصريح بأن يقول رجعت عن وصيتى لفلان أو أبطلتها أو كل وصية أوصيت بها فهى باطلة أو لاغية والدلالة بأن يفعل فى الموصى به فعلا يدل على الرجوع وذلك يكون بأحد أمور

أولاً ان يكون ذلك العمل يزيل اسم الموصى به وقت الوصية ويغير معظم صفاته كما اذا أوصى بسبيكة من الذهب أو قطعة من الفضة وصنعها ساعة أو آنية أو بقطعة من النحاس أو الحديد فصنعها آنية أو سيفاً لان الموصى به صار بحال لا يطلق عليه اسمه وقت الوصية فكان كشىء آخر

ثانياً ان يحدث العمل فى الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه الا بها كما لو أوصى بغزل فنسجه أو بقطعة من الحرير أو الصوف فقطعها وخاطها أثواباً

ثالثاً اذا كان هذا العمل تصرفاً يترتب عليه ملك الغير له فاذا باعه أو وهبه وسلمه بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو عاد اليه بالشراء أو بالرجوع عن الهبة لم تعد الوصية فان كان التصرف لا يترتب عليه ذلك كالاجارة والعارية لا يكون رجوعاً

حياته فان قبل الموصى له بعد موت الموصى ثبت له ملك الموصى به سواء قبضه أو لم يقبضه فان لم يقبل أو يرد فهى موقوفة لا يملكها الوارث ولا الموصى له بها حتى يقبل أو يرد او يموت فان مات بعد موت الموصى قبل القبول أو الرد دخل الموصى به فى ملك ورثته

رابعاً — ان يخلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن تمييزه كبر بمثله أو يمكن ولكن بعسر ومشقة كشعير أو فول ببر لانه كاستهلاكه — أنظر مادة (٥٤٤)

واذا أوصى شخص بشيء من أمواله ثم جحد الوصية أى انكرها بأن قال لم أوص ففيه خلاف فقال محمد لا يكون رجوعاً وقال أبو يوسف يكون رجوعاً ووجه محمد كلامه بأن الرجوع عن الشيء يقتضى سبق وجوده وجحود الشيء يقتضى سبق عدمه اذ الجحود نفى لاصل العقد فلو كان الجحود رجوعاً لاقتضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال ولابى يوسف أن الجحود نفى فى الماضى والحال فيكون أقوى من الرجوع اذ هو نفى فى الحال فقط فكان أولى ان يكون رجوعاً وكل قوى

واتفقوا على ان الموصى لو قال البيت الذى أوصيت به لفلان جعلته لفلان كان رجوعاً لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا أوصى ببيت لشخص ثم أوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها ولكن محل ذلك اذا كان فلان الآخر حياً فلو كان ميتاً وهو يعلم بذلك فالوصية الاولى على حالها لانها انما تبطل ضرورة كونها للثانى ولم تكن فبقيت الاولى على حالها ولو كان الآخر حين الوصية له حياً ثم مات قبل موت الموصى بطلت الوصيتان الاولى بالرجوع والثانية بالموت وحينئذ يكون الموصى به لورثة الموصى — ولا يكون راجعاً أيضاً بتجصيص الدار وتبييضها

(مادة ٥٤٤) يجوز للموصى الرجوع فى الوصية بقول صريح أو فعل يزيل اسم الموصى به ويغير معظم صفاته ومنافعه أو يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه الا بها أو

وكذا هدم بنائها لأنهم قالوا ان هذا تصرف في التابع — فتأمل في مسألة الهدم — أنظر مادة (٥٤٥)

ومتى كان الموصى به معيناً ومات الموصى استحقه الموصى له ان كان موجوداً فان كان الشيء غير موجود بأن هلك أو استهلكه الموصى حال حياته فلا يأخذ الموصى له شيئاً في مقابلته أما الاول فظاهر لانه هلك من غير تعد منه وأما الثاني وهو الاستهلاك فلان الموصى وان كان متعدياً الا انه لم يضمن أيضاً لان ملكه باق ما دام حياً فيكون استهلاكه للموصى به رجوعاً عن الوصية

ومثل هذا ما اذا كان الشيء الموصى به موجوداً وقت موت الموصى وهلك عند الورثة من غير تعد منهم فانهم لا يضمنون شيئاً لان يدهم يد أمانة فلا يضمنون الا بالتعدى ولذا لو استهلكوه ضمنوا بدله للموصى له سواء قبل الوصية قبل الاستهلاك أو بعده وكذا لو قبل وطالبهم بالتسليم وامتنعوا مع القدرة عليه ثم هلك عندهم من غير تعد فان له ان يضمنهم بدله لان هلاكه وان كان من غير تعديهم الا أنهم لما أبوا التسليم بدون حق كانوا متعدين بهذا المنع فيضمنون — أنظر مادة (٥٤٦)

تصرف من التصرفات التي تزيله عن ملكه وكذا اذا خلط بغيره بحيث لا يمكن تمييزه أو يمكن بعسر

(مادة ٥٤٥) جحد الوصية لا يكون رجوعاً مبطلا لها ولا تجصيص الدار الموصى بها ولا هدمها

(ماده ٥٤٦) اذا هلكت الوصية في يد الموصى أو في يد أحد من ورثته بدون

﴿ الفصل الثانى ﴾

(في استحقاق الموصى لهم)

اعلم أن الموصى له اما أن يكون واحداً واما أن يكون متعدداً فان كان الاول نفذت الوصية له من الثلث ان كان للموصى ورثة ولا فرق بين أن يكون الموصى مسلما أوذميا فان زادت الوصية عن الثلث ولم تجز الورثة الزيادة فلا يستحق الموصى له الا ثلث مال الموصى وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه فى شرح مادة (٥٣٥) والمواد التى بعدها فلا تكتف بهذا فانه فى غاية الاجمال فلا يفيد المطلوب — انظر مادة (٥٤٧)

وان كان الثانى وهو ما اذا كان الموصى له متعدداً فاما أن تكون الوصية بعقد واحد واما أن تكون بعقود فان كان الاول كما اذا قال اوصيت لفلان وفلان بنصف مالى مثلا استويا فى الاستحقاق بعد اتباع الاحكام المتقدمة فى المواد المبينة فى شرح المادة السابقة - وان كان الثانى وهو ما اذا كانت الوصية بعقود كما اذا قال اوصيت لفلان بربع مالى ولفلان بثلث مالى مثلا (ولنكتف بما اذا كانت الوصية لاثنين وأنت تقيس عليه غيره عند اللزوم) فلا يخلو

تعديه فلا ضمان عليه واذا استهلكت فان كان استهلاكها من الموصى فهو رجوع وان كان من الورثة يكون ضمانها عليهم قبل القبول أو بعده

(مادة ٥٤٧) لا تنفذ وصية من له ورثة الا من ثلث ماله مسلما كان أو ذمياً فاذا أوصى لمن هو أهل للوصية بأكثر من الثلث ولم تجز الورثة الزيادة فلا يستحق الموصى له الا الثلث من جميع مال الموصي

الحال من أحد أمور ثلاثة الاول أن يكون مجموع الوصيتين أقل من الثلث الثاني أن يكون مجموعهما مساوياً للثلث الثالث أن يكون مجموعهما زائداً على الثلث فان كان الاول كما اذا أوصى لواحد بجزء من عشرة من أمواله ولآخر بجزأين من عشرة أيضاً من أمواله فمجموع الوصيتين ثلاثة اجزاء من عشرة وهى أقل من الثلث فيأخذ كل من الموصى لهما وصيته أجازت الورثة أو لم تجز لان له الحق فى أن يوصى بثلث ماله وان لم تجز الورثة فأولى أن يكون له الحق فى الوصية بأقل من الثلث — وان كان الثانى وهو ما اذا كان مجموع الوصيتين مساوياً للثلث كما اذا أوصى لواحد بسدس ماله ولآخر بسدسه أيضاً فمجموع الوصيتين الثلث نفذ كل من الوصيتين أيضاً اتفاقاً أجازت الورثة أو لم تجز فكل منهما يأخذ الموصى له به وهو السدس الذى هو نصف الثلث وكذا لو اختلفا فى الاستحقاق بأن أوصى لواحد بجزء من اثنى عشر جزءاً من ماله ولآخر بثلاثة اجزاء من اثنى عشر جزءاً من ماله أيضاً فمجموع الوصيتين أربعة أجزاء من اثنى عشر جزءاً وهى ثلث ماله فيأخذ كل منهما الموصى له به شاء الورثة أو أبوا

وإن كان الثالث وهو ما اذا كان مجموع الوصيتين زائداً على الثلث ففيه ثلاثة أمور الاول أن يستويا فى الاستحقاق الثانى أن يختلفا فى الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث الثالث أن يختلفا فى الاستحقاق وزادت وصية واحد منهما على الثلث وفى كل هذه الامور الثلاثة اما أن لا تجيز الورثة الوصيتين أو تجيزهما فان كان الامر الاول وهو ما اذا كان مجموع الوصيتين زائداً على الثلث واستويا فى الاستحقاق بأن أوصى لواحد بربع ماله ولآخر

بربعه أيضاً أو لكل منهما بالثلث أو بالنصف أو بالثلثين أو بالكل ولم تجز الورثة الوصيتين قسم الثلث بينهما قسمة متساوية اتفاقاً لان ثلث المال يضيق عن حقهما ولا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاولى فاذا وجد كما اذا أوصى ببيت لشخص وبعد ذلك قال البيت الذى أوصيت به لفلان هو لفلان صار الكل للثانى لانه وجد ما يدل على الرجوع عن الاولى واللفظ يدل على قطع الشركة فاذا لم يدل اللفظ على قطع الشركة اشتركا كما اذا أوصى لشخص بثلث ماله ولآخر بثلث ماله فان الثلث يقسم بينهما أنصافاً ولا تكون الوصية الثانية رجوعاً عن الاولى لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها

وان أجازت الورثة الوصيتين أخذ كل ما يستحقه كاملاً اذا وفى كل المال به كما اذا أوصى لواحد بالربع ولآخر بمثله أو لواحد بالثلث ولآخر بمثله فان لم يف كل المال بحق كل منهما تساويا فى القسمة كما اذا أوصى لواحد بالثلثين ولآخر بمثله أو لواحد بثلاثة أرباع ولآخر بمثله أو لواحد بالكل ولآخر بمثله فانهما يقتسمان كل المال عند الاجازة بالتساوى لما تقدم عند قسمة الثلث بينهما نصفين

وان كان الثانى وهو ما اذا اختلفا فى الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث كما اذا أوصى لشخص بسدس ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة الوصيتين يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة أى اثلاثاً لصاحب السدس ثلث الثلث ولصاحب الثلث ثلثا الثلث لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعاً وضاق الثلث عن حقهما لأنه هو الذى تنفذ فيه الوصية عند عدم

الاجازة فيقتسمانه على قدر حقهما فيجعل السدس سهماً والثلث سهمين لأنه ضعفه فيجعل الثلث ثلاثة اسهم سهم لصاحب السدس وسهمان لصاحب الثلث وان أجازت الورثة الوصيتين أخذ كل ما يستحقه بالوصية من كل المال ولا يتأتى ان يضيق المال عن حقهما فيما نحن فيه لأن الموضوع انهما اختلفا فى الاستحقاق ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث

وان كان الثالث وهو ما اذا اختلفا فى الاستحقاق وزادت وصية واحد منهما على الثلث كما اذا أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين أو بالكل أو أوصى لواحد بالنصف ولآخر بالكل أو أوصى لواحد منهما بالسدس ولآخر بالنصف ولم تجز الورثة الوصيتين فقال الامام الاعظم يقسم الثلث بينهما قسمة متساوية فيما اذا كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر باكثر منه لان الزائد عن الثلث لغو فكأنه أوصى الى كل منهما بالثلث وأما اذا كانت وصية واحد منهما بأقل من الثلث والأخرى باكثر منه كما اذا أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالنصف فانه يلغى الزائد على الثلث فكأنه أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالثلث وحينئذ يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة بين الثلث والسدس .

وقال الصاحبان يقسم الثلث بينهما مطلقاً قسمة متناسبة على قدر حصة كل منهما فاذا أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين قسم الثلث بينهما أثلاثاً لصاحب الثلث ثلثه ولصاحب الثلثين ثلثاه لأن الثلثين ضعف الثلث واذا أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالنصف يقسم الثلث بينهما أرباعاً ربعه لصاحب السدس وثلاثة أرباعه لصاحب النصف لأن النصف يشتمل على ثلاثة اسداس فيستحق الموصي له به ثلاثة أمثال ما يستحق الموصي له بالسدس

واستدل الامام على قوله هذا بأن الموصى قصد شيئين الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على البعض الآخر والثانى ثبت فى ضمن الاول ولما بطل الاول لحق الورثة وتأكد هذا البطلان بعدم اجازتهم له بطل ما فى ضمنه وهو التفضيل فصار كأنه أوصى لكل منهما بالثلث فى صورة ما اذا كانت الوصية لواحد منهما به وللآخر بأكثر منه فيتنصف بينهما وكانه أوصى لواحد بأقل من الثلث وللآخر بالثلث فى صورة ما اذا كانت وصية واحد منهما السدس والأخرى أكثر من الثلث فيقسم الثلث بينهما على نسبة الثلث والاقل منه

والصاحبان يوافقانه فى ان غرض الموصى هذان الأمران ولكن لا يلزم من بطلان الاول وهو استحقاق الزائد على الثلث بطلان الثانى وهو تفضيل بعض أهل الوصايا على البعض الآخر لان الثانى مستقل عن الاول وليس داخلا ضمنه فيكون الثانى غير باطل فيعمل به فاذا أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالكل فقد جعل لصاحب الكل ثلاثة أمثال ما جعله لصاحب الثلث فيأخذ من ثلث المال بما يخص ذلك الزائد بأن يقسم أرباعاً ثلاثة منها لصاحب الكل وواحد لصاحب الثلث .

والقاعدة عند الامام فى هذا هى ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث ومعناها ان الموصى له بأكثر من الثلث لا يأخذ من الثلث اكثر من الموصى له بالثلث وكذلك لا يأخذ الموصى له بأكثر من الثلث أكثر من الموصى له بأقل من الثلث الا بنسبة الثلث الى الاقل منه ولكنه استثنى من هذه القاعدة ثلاث مسائل وهى السعاية

والمحاباة والوصية بالدراهم المرسلة

وصورة السعاية أن يكون لرجل عبدان قيمة أحدهما ثلاثون جنيهاً وقيمة الآخر ستون جنيهاً فأعتقهما فى مرض موته ولا مال له غيرهما ولم تجز الورثة العتق فيعتبر هذا العتق وصية لهما لان العتق فى مرض الموت يعتبر وصية فكأنه أوصى للاول بثلث ماله وهى ثلاثون جنيهاً وللثانى بثلثى ماله وهى ستون جنيهاً فمقتضى القاعدة المتقدمة للامام أن يقسم الثلث وهو ثلاثون جنيهاً بينهما نصفين فيعتق من الاول نصفه ويسعى فى خمسة عشر جنيهاً للورثة ويعتق من الثانى ربعه ويسعى فى قيمة ثلاثة أرباعه وهى خمسة واربعون جنيهاً للورثة ولكنه خالف هذه القاعدة فى هذه المسألة وقال يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كل منهما موافقاً للصاحبين وحينئذ يعتق من الأول ثلثه ويسعى فى قيمة ثلثيه التى هى عشرون جنيهاً ويعطيها للورثة ويعتق من الثانى ثلثه ويسعى فى قيمة ثلثيه وهى أربعون جنيهاً ويعطيها للورثة

وصورة المحاباة أن يكون لرجل بيتان قيمة أحدهما ثلثمائة جنيه والآخر ستمائة جنيه فأوصى بان يباع الاول لشخص معلوم بمائة جنيه وبأن يباع الثانى لشخص آخر بمائتى جنيه ولا مال له غيرهما ولم تجز الورثة الوصيتين فمجموع ماله حينئذ تسعمائة جنيه والاول موصى له بمائتين وهى اقل من الثلث والثانى موصى له باربعمائة جنيه وهى اكثر من الثلث فمقتضى قاعدة الامام أن يقسم الثلث الذى هو ثلثمائة قسمة متناسبة بين المائتين والثلثمائة التى هى ثلث ماله فيأخذ الاول منها خمسيها والثانى ثلاثة اخماسها ولكنه

خالف قاعدته فى هذه أيضاً وقال بقسمة الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كل منهما موافقاً للصاحبين فى هذه فيقسم الثلث اثلاثاً ثلثه للاول وثلثاه للثانى وحينئذ يباع البيت الذى قيمته ثلثمائة جنيه للاول بمائتين والمائة وصية له ويباع البيت الذى قيمته ستمائة جنيه للثانى بأربعمائة جنيه والمائتان وصية له

وصورة الوصية بالدراهم المرسلة أن يوصى لشخص بأربعمائة جنيه ولآخر بثمانمائة جنيه وتركته قيمتها الف ومائتا جنيه لا غير ولم تجز الورثة الوصيتين فكأنه أوصى لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين ومقتضى قاعدة الامام المتقدمة ان يقسم الثلث بينهما نصفين ولكنه وافق الصاحبين فى هذه أيضاً وقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كل منهما فيقسمه أثلاثاً ثلثه للأول وثلثاه للثانى فيعطى للموصى له باربعمائة ثلث الثلث وللموصى له بثمانمائة ثلثيه

ووجه استثناء الامام لهذه الصور الثلاث من القاعدة المتقدمة ان الوصية فى غير هذه المسائل مصرح فيها لا حدهما بالزيادة على الثلث وهذه المسائل ليس فيها ذلك وانما جاءت الزيادة عليه من أمر خارج عن الوصية وهو قلة التركة والشرع أبطل الوصية فى الزائد على الثلث فيكون ذكره لغواً فلا يعتبر فى حق الاخذ من الثلث بخلاف ما اذا لم تقدر الوصية بجزء من المال كما فى هذه الصور فانه ليس فى العبارة ما يكون مبطلا للوصية وانما حصلت المزاحمة بين الموصى لهما لأن ثلث تركة الموصى لا يفى بحق كل منهما واذا لم تكن باطلة بالكلية فتعتبر فى حق الاخذ من الثلث يدلك على هذا ان ثلث التركة ان كان يفى بحقهما فكل يأخذ حقه حتى لو ظهر له مال

بعد قسمتهما الثلث على هذه النسبة أخذ كل ما أوصى له به ان كان يخرج من ثلث الكل

وان أجازت الورثة الوصيتين فان كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر بالثلثين أو بالنصف أخذ كل ما أوصى له به لأن المال يفي بهما أما اذا كانت وصية واحد منهما بالثلث والآخر بالكل قسم المال ارباعاً بالاتفاق لأن المال لا يفي بالحقين لكن عند الصاحبين بطريق العول وعند الامام بطريق المنازعة فيأخذ الموصى له بالثلث ربع كل المال والموصى له بالكل ثلاثة أرباعه ووجه هذا على قولهما أن الموصى له بالجميع يدعى كله وهو ثلاثة أسهم والموصى له بالثلث يدعى ثلثه وهو واحد من ثلاثة فتعول الى أربعة فيعطى ربعها لصاحب الثلث وثلاثة أرباعها لصاحب الجميع . ووجهه على قوله ان تقسم المال الى اثنى عشر قسما فيقسم الثلث أولا بينهما نصفين لان الاجازة فى قدر الثلث ساقطة الاعتبار فيأخذ كل منهما سهمين ويبقى الثلثان وهما ثمانية أسهم فصاحب الجميع يدعى كلها وصاحب الثلث لا يدعى الا سهمين فانه يقول حقى فى الثلث وذلك أربعة وقد وصل الىّ سهمان وبقى حقى فى سهمين فلا منازعة له فيما وراء السهمين وذلك ستة فتعطى للموصى له بالجميع بلا منازعة فتبقى فى سهمين فتقسم بينهما نصفين فيصيب كل واحد منهما سهم فصار للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثنى عشر وهو ربع المال وللموصى له بالكل تسعة من اثنى عشر وهو ثلاثة أرباع المال — أنظر مادة (٥٤٨).

(مادة ٥٤٨) اذا أوصى الى اثنين باكثر من الثلث واستويا فى الاستحقاق ولم تجز الورثة الوصيتين يقسم الثلث بينهما قسمة متساوية واذا لم يستويا فى الاستحقاق

ثم أن الوصية ان كانت بجزء من المال فاما أن يكون ذلك الجزء معلوما واما ان يكون مجهولا فان كان الاول كالسدس أو الربع أو النصف اتبعت الاحكام المتقدمة فى شرح مادة (٥٣٤) والمواد الخمس التى تليها . وان كان الثانى كما اذا قال اوصيت لفلان ببعض مالى أو بجزء أو بنصيب منه فان كلا منهما مجهول بمعنى أنه يتناول القليل والكثير اذالسدس أوالثلث أوالنصف يقال له بعض المال وجزء منه فان كان الموصى حياً امر بالبيان فان عين اتبع بيانه لان هذا لا يعلم الا من جهته اذ هو الذى أوجب لغيره حقاً فى ماله فيتبع بيانه فان مات من غير أن يبين فاما ان يكون له ورثة واما ان لا يكون فان كان الاول امرت الورثة بالبيان لانهم قائمون مقام الموصى فيعطى للموصى له ما عينوه وان قل (تأمل) وان كان الثانى وهو ما اذا لم يكن له ورثة اعطى النصف للموصى له والنصف الآخر لبيت المال لان المستحق اثنان وهما غير وارثين فيقتسمان كل التركة مناصفة — انظر مادة (٥٤٩)

فان زادت وصية أحدهما على الثلث وكانت الاخرى بالثلث يقسم الثلث أيضاً بينهما نصفين والموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث الا فى السعاية والمحاباة والوصية بالدراهم المرسلة التى لم تقيد بكسر من الكسور فان الثلث فيها يقسم بينهما على قدر حصتهما فى الوصية . وان لم تزد وصية أحد منهما على الثلث يقسم بينهما الثلث قسمة متناسبة على قدر حق كل منهما

(مادة ٥٤٩) اذا أوصى بقدر مجهول يتناول القليل والكثير كجزء أو سهم أو نصيب من ماله فالبيان في ذلك للورثة ان لم يبينه الموصى ويعطون الموصى له ما شاؤا وان لم يكن له ورثة وأوصى بسهم من ماله لاحد فله نصف ماله والنصف الآخر لبيت المال

والوصية ان كانت لاثنين من أهل الاستحقاق فاما ان يكون أحدهما حياً والآخر ميتاً وقت ايجاب الوصية واما ان يكونا حيين وقتـه فان كان الاول بان قال شخص اوصيت لفلان وفلان بثلث مالى وأحدهما ميت فى هذا الوقت استحق الموجود منهما كل الثلث الموصى به لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو أهل لها ولـكن هذا مشروط بشرطين الاول أن يكون الموصى عالماً بوفاة أحدهما كما ورد عن أبي يوسف فان لم يعلم بموته فلا يستحق الحى الا نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لهما فلم يرض للحى الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت تكون لاغية فيـكون راضياً بـكل الثلث للحى . الثانى أن لا يصرح بكلمة بين بأن قال ثلث مالى لفلان وفلان أما لو صرح بها بأن قال ثلث مالى بين فلان وفلان فلا يستحق الموجود الا النصف ولو كان عالماً بوفاة أحدهما لان هذه الـكلمة توجب التنصيف فلا يتـكامل لعدم المزاحمة . ألا ترى أن قوله تعالى (ونبئهم أن الماء قسمة بينهم) مقتض للتنصيف بدليل الآية الثانية (لها شرب ولـكم شرب يوم معلوم) ـ وان كان الثانى وهو ما اذا كان كل منهما موجوداً وقت الوصية ولـكن مات أحدهما قبل موت الموصى أو استمر حياً الا انه خرج من استحقاقه فى الوصية لفقد ان بعض الشروط كما اذا قتل الموصى فانه يخرج بحصته من الموصى به فلا يستحق الآخر الا نصف الثلث الموصى به لان الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق احدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة فى حق الآخر — ومثل هـذا ما اذا قال ثلث مالى لفلان وفلان ان مت وهو فقير فمات فلان وفلان الثاني غني كان للاول نصف الثلث وكذا

لو قال ثلث مالى لفلان وفلان ان كان فلان فى هذا البيت ولم يكن فيه كان للاول نصف الثلث لان بطلان استحقاقه لفقد الشرط لا يوجب الزيادة فى حق الآخر — وبالجملة فالاصل فى هذه المسائل انه متى دخل كل منهما فى الوصية ثم خرج أحدهما لفقد شرط فلا يوجب الزيادة فى حق الآخر ومتى لم يدخل أحدهما فى الوصية لفقد الاهلية كان الكل للآخر فاذا لم يمت أحدهما قبل موت الموصى بل بقى بعده استحق كل منهما نصف الموصى به ان قبلا فان ردا ملكته الورثة وان قبل أحدهما ورد الآخر أخذ القابل حصته والورثة حصة الراد فان قبل أحدهما ومات الآخر قبل القبول والرد دخل نصيبه فى ملك ورثته استحسانا وان كان القياس يأبى ذلك كما تقدم لك فى شرح مادة (٥٤٣) — أنظر مادة (٥٥٠)

ثم ان الوصية أما ان تكون بجزء من كل المال وأما ان تكون بجزء من نوع منه فان كان الأول كما اذا قال أوصيت لفلان بربع مالى أو بثلثه أعطينا الموصى له جميع الجزء الموصى به منسوبا الى كل المال وقت وفاة الموصى اذا لم يمنع مانع من التنفيذ وان كان الثانى كما اذا قال أوصيت لفلان بثلث دراهمى أو ثلث غنمى أو خيلى فاما ان يكون النوع الذى أوصى بثلثه من الأنواع

---

(٥٥٠) اذا أوصى بالثلث لاثنين معينين من أهل الاستحقاق وكان أحدهما ميتاً أو معدوماً وقت الايجاب فلا يستحق شيأ والثلث كله للحى أو الموجود فاذا مات أحدهما قبل موت الموصى أو خرج لفقد شرط ما بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا يستحق الآخر الا نصف الثلث منه وكذا اذا جعله بينهما وأحدهما ميت فللحى نصفه — واذا مات أحد الاثنين بعد موت الموصى فلورثة ذلك الميت حق فى حصته

التى لا تقسم جبراً وأما ان يكون من الانواع التى تقسم جبراً فان كان الاول كالرقيق واستمر كل النوع الموصى بثلثه فى ملك الموصى حتى مات استحق الموصى له جميع ثلثه وان هلك منه شيء بعد الوصية وقبل موت الموصى سواء كان الهالك كثيراً أو قليلاً فلا يستحق الموصى له الا ثلث الموجود وقت موت الموصى فاذا فرضنا أنه هلك الثلثان وبقى الثلث فليس له الا ثلث ما بقى منه ولو خرج الثلث الباقى من ثلث جميع أموال الموصى اذ النوع صار مشتركا بينهما فيكون الهالك عليهما لا على أحد الشريكين ولان هذه الوصية تعلقت بشيء مخصوص فتبطل بفواته وقت الموت وهذا الحكم متفق عليه .

وان كان الثانى وهو ما اذا كان النوع الموصى بثلثه من الأنواع التى تقسم جبراً كالدراهم والغنم والثياب المتحدة فى الجنس فان استمر ما كان موجوداً من هذا النوع وقت الوصية حتى مات الموصى استحق ثلثه أيضاً أما اذا هلك شيء منه قبل موته ففيه خلاف فالامام الاعظم وصاحباه يقولون يستحق الموصى له ثلث كل النوع باعتباره وقت الوصية لا وقت الموت لكن بشرط أن يكون هذا الثلث يخرج من ثلث جميع أموال الموصى

فاذا كان الهالك الثلثين أخذ الموصى له بالثلث الثلث الباقي بتمامه متى خرج من ثلث جميع أموال الموصى .

فاذا فرضنا أن شخصاً أوصى لغيره بثلث دراهمه وكانت وقت الوصية ثلاثة آلاف درهم ووقت الموت ألفاً وخمسمائة أخذ الموصى له ألف درهم اذا كانت جميع أموال الموصى تساوى ثلاثة آلاف درهم فان كانت تساوى أقل أخذ الموصي له من الدراهم بمقدار ما يخرج من الثلث .

وقال زفر لا يستحق الموصى له الا ثلث الموجود وقت موت الموصى ولو خرج جميعه من ثلث ماله وينبنى على قوله أن الموصى له لا يستحق فى المثال المتقدم ذكره الا خمسمائة درهم ولو كانت للموصى أموال غيرها ووجه قول الامام وصاحبيه أنه فى النوع الواحد الذى يقسم جبراً يجمع حق الموصى له فى الباقى تقديماً للوصية على الميراث ولانه لو لم يهلك شىء فللقاضى أن يجعل هذا الباقي له بخلاف ما اذا كان من الانواع التى لا تقسم جبراً . ووجه قول زفر أن النوع الموصى به صار مشتركا بينهما والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة ويبقى الباقى كذلك فصار كما اذا كان الموصى ببعضه من الانواع التى لا تقسم جبراً وهو ظاهر ولذا قال كثير من المؤلفين نأخذ به لانه موافق للقياس

والفرق بين ما لا يقسم جبراً وما يقسم جبراً أن أفراد النوع ان كانت متفاوتة تفاوتاً فاحشاً كالرقيق كانت من الانواع التى لا تقسم جبراً بمعنى أنها لو كانت مشتركة بين اشخاص وطلب أحدهم قسمتها وامتنع الباقى لم يجبرهم القاضى على القسمة لان معنى المعاوضة غالب فيها فى هذه الحالة ولفحش التفاوت فلا بد من الاختيار . وان كانت الافراد متساوية فى القيمة كالدراهم والدنانير والبر والقطن المتحدين فى النوع والصفة أو كانت مختلفة فى القيمة ولكن التفاوت غير فاحش كالخيل والغنم (على رأى الفقهاء) كانت من الانواع التى تقسم جبراً فمتى طلب القسمة أحد الشركاء وامتنع الآخر ألزمه القاضى بها لان القسمة فى الحالة الاولى يغلب فيها افراز أحد النصيبين عن الآخر وهذا لا يلزم فيه الرضا والتفاوت غير فاحش فى الحالة الثانية فلا يلزم الرضا كذا قال الفقهاء — انظر مادة (٥٥١)

(مادة ٥٥١) اذا اوصى لاحد بعين أو بنوع معين من الانواع التي تقسم جبراً كثلث دراهمه أو غنمه أو ثيابه المتحدة جنساً فهلك ثلثاه فله الباقى بتمامه ان خرج من

وكل هذه الاحكام فيما اذا كانت الوصية بجزء معين سواء أضيف هذا الجزء الى كل المال أو الى نوع منه أما اذا أوصى شخص لغيره بمقدار من النقود كألف جنيه مصرية وكان هذا المقدار يخرج من ثلث أموال الموصى ولم يوجد مانع آخر لتنفيذ هذه الوصية نفذت ولكن اذا لم يكن بعض التركة ديونا فاذا كان فيها ديون والمبلغ الموصى به يخرج من ثلث الاموال الموجودة غير منضمة الى الديون أخذ الموصي له هذا المبلغ من المال الموجود اذ لا ضرر على الورثة ولو فرضنا أنهم لم يأخذوا من الدين شيئاً أما اذا كان المبلغ لا يخرج من ثلث التركة الا بضم الديون اليها فلا يأخذ الموصى له جميع هذا المبلغ من الاموال الموجودة بل يأخذ ما يخرج من ثلثها والباقي يستوفيه مما يؤخذ من الديون فكلما يقبض شيء منها يأخذ ثلثه حتى يكمل له المبلغ فاذا فرضنا أن شخصاً أوصى لغيره بألف جنيه مصرية ومات تاركاً مالاً يساوى أربعة آلاف جنيه وليس فى هذا المبلغ دين له أو كان من ضمنه الف جنيه ديناً أعطينا الموصى له المبلغ الموصى به بتمامه لانه يخرج من ثلث الاموال الموجودة وان كانت التركة تساوى ثلاثة آلاف جنيه ومنها ألف ديناً أعطينا الموصى له ثلثى الالفين وكل ما أخذ من الألف الدين يدفع له ثلثه الى أن يستوفى حقه لاننا لو أعطيناه الفاً من الالفين الموجودين لتضررت الورثة اذ ربما لا يحصلون على شيء من الدين ولو منعناه أخذ شيء من الموجود وأحلناه على المديونين

ثلث باقى جميع أصناف مال الموصى وان أوصى له بصنف أو نوع مما لا يقسم جبراً كثلث دوابه أو ثيابه المتفاوتة جنساً فهلك الثلثان فليس له الا ثلث ما بقى منه وان خرج من ثلث كل المال

يستوفى حقه منهم لتضرر هو لانه قد لا يحصل على شىء منهم لعدم قدرتهم فلا بد من أعمال طريقة لا ضرر فيها على واحد منهما وهى الطريقة التى بيناها فاتبعها — انظر مادة (٥٥٢)

الفصل الثالث

(فى الوصية بالمنافع)

قد عرفت أن تعريف الوصية فى اصطلاح الفقهاء هو تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع فيؤخذ من هذا أن الوصية كما تصح بالاعيان تصح بالمنافع اذ التمليك يشملهما لان المنافع يصح تمليكها فى حالة الحياة ببدل ويكون اجارة وبغير بدل ويكون اعارة فكذا بعد الممات ويكون وصية ومتى صحت الوصية بمنافع الاعيان كان الشىء الموصى بمنفعته محبوسا على ملك الميت فى حق المنفعة ولذا يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وينبنى على صحة الوصية بالمنافع انه اذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره أو بغلتها أو بغلة ارضه صح ذلك ولكن عند الوصية بما ذكر لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة الأول أن ينص على الابد الثانى ان يطلق الوصية الثالث أن يقيدها بمدة معينة فان كان الاول كما اذا قال أوصيت لفلان بسكنى بيتى أو بغلة أرضى الفلانية ابداً استحق الموصى له الغلة والسكنى مدة حياته وبعد موته ترد الى ورثة الموصى وان كان الثانى بأن قال أوصيت لفلان بسكنى

(مادة ٥٥٢) اذا أوصى لاحد بمقدار معين من الدراهم وله دين من جنسها وعين فان خرج القدر الموصى به من ثلث العين دفع اليه والا يدفع له ثلث العين وكل ما تحصل

داري أو بغلة أرضي فالحكم كالاول وان كان الثالث كما اذا قال أوصيت لفلان بغلة أرضي وبين مدة فاما أن تكون المدة غير معينة وأما ان تكون معينة فان كان الاول كما اذا قال أوصيت لفلان بغلة أرضي الفلانية ثلاث سنين استحق الموصى له الغلة هذه المدة بعد موت الموصى لانه وقت التمليك وان كان الثاني بأن قال اوصيت لفلان بسكنى بيتي الفلاني سنة ١٣٢٢ هجرية فان مضت السنة المذكورة والموصى حي بطلت الوصية لانه لا يستحق الا بعد موت الموصى وقد عين زمناً ومضى هذا الزمن في حياته فلا يثبت الاستحقاق في غيره وان مات قبل مضيها استحق الموصى له السكنى فيها ومثله ما اذا مات بعد مضي بعضها

وهذا اذا كان العدد مصرحا به في الوصية أما اذا لم يصرح به بأن قال أوصيت لفلان بغلة أرضي سنين استحق الموصى له الغلة ثلاث سنين لا أكثر لأنه جمع والجمع وان كان يطلق على الاكثر منها الا ان المحقق هو أقل ما يطلق عليه وهو ثلاث فاتبعناه تاركين المشكوك فيه — انظر مادة (٥٥٤)

ولكن لا يستحق الموصى له سكنى البيت او غلة الارض طول عمره أو المدة التي عينها الموصى الا اذا كان البيت الموصى بسكناه او الارض الموصى بغلتها تخرج من ثلث أموال الموصى فان كان الثلث يضيق عنها فلا يستحق الموصى له الا بقدر ما يخرج من الثلث اذا لم تجز الورثة وحينئذ فاما أن لا يكون للموصى مال سوى البيت الموصى بسكناه أو يكون فان كان الاول اقتسمه الموصى له والورثة مهايأة في المكان أو الزمان لان الحق

من الدين يدفع اليه ثلثه حتى يستوفي حقه

(مادة ٥٥٣) اذا أوصى لاحد بسكنى داره أو بغلتها ونص على الابد أو أطلق

لهم فالاولى بأن يقسم البيت اثلاثا لينتفع كل باستحقاقه الى ان يموت الموصى له أو يمضى الزمن المعين فيرد جميعه الى الورثة والثانية وهى المهايأة بحسب الزمان بأن يسكنه الورثة سنتين والموصى له سنة الى أن يموت أو يستوفى ما عين له وبعد ذلك يكون جميعه للورثة الا أن الأولى أعدل لأن فيها التسوية بينهما زمانا ومكانا وفى الثانيـة تقديم أحدهما زمانا وعند ما تكون المهايأة بحسب المكان لا يجوز للورثة ان يبيعوا ما فى أيديهم من الثلثين لان حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع البيت بحسب عقد الوصية وانما أعطيناه الثلث لعدم ظهور مال للموصى سوى البيت ومن الجائز ان يعثر على مال له بحيث يخرج جميع البيت من ثلثه فيكون له الحق فى سكنى جميعه وكذا له حق المزاحمة فيما فى ايديهم اذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون منه وعند ابى يوسف انهم يملكون ذلك لانه خالص حقهم والظاهر الأول

وان كان الثانى وهو ما اذا كان للموصى مال غير البيت الموصى بسكناه الا انه لا يخرج من الثلث استحق الموصى له من البيت بقدر ما يخرج من ثلث كل المال فاذا كان البيت نصف التركه استحق الموصى له ثلثيه والورثة الثلث لانه ثلثى البيت ثلث التركة فتنفذ الوصية فى ثلثيه وعلى هذا الاعتبار تخرج بقية المسائل

هذا اذا كانت الوصية بالسكنى فان كانت بالغلة سواء كانت على البيت

الوصية ولم يقيدها بوقت فللموصى له السكنى والغلة مدة حياته وبعد موته ترد الى ورثة الموصى وان قيدت الوصية بمدة معينة فله الانتفاع بها الى انقضاء تلك المدة وإن أوصى له بالمنفعة سنين تنصرف الى ثلاث سنوات لا أكثر .

او الارض فلا يقسم البيت او الارض بل يؤجر كل منهما وتقسم لاجرة على حسب استحقاق كل من الورثة والموصى له . فالذى علم ان الوصية سواء كانت بالسكنى او بالغلة ينظر فيها الى العين الموصى بسكناها او بغلتها فان كانت نفس العين تخرج من الثلث سلمناها الى الموصى له للانتفاع بسكناها او بغلتها على حسب عقد الوصية وان لم تخرج منه سلم اليه منها بمقدار الثلث فقد جعلنا الوصية بالمنافع مثل الوصية بالاعيان واستظهر ابن عابدين ان فى المسألة روايتين أحداها هذه ووجهها ان المقصود من الأعيان منافعها فاذا صارت المنافع مستحقة وبقيت العين على ملك الوارث صارت بمنزلة العين التى لامنفعة لها فلذا تعتبر قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بها والثانية ان النظر الى المنفعة الموصى بها فتقوم المنفعة وينظر الى النسبة بين هذه القيمة واموال الموصى وينبنى على هذه الرواية انه اذا اوصى شخص لغيره بسكنى بيت مدة ثلاث سنين وليس له غيره ولم تجز الورثة قومنا سكنى البيت فى هذه المدة ونسبنا هذه القيمة الى اموال الموصى فان كانت تخرج من ثلثها سلمنا جميع البيت الى الموصى له للانتفاع بسكناه هذه المدة فاذا فرضنا انه يستأجر فيها بثلثمائة وستين جنيهاً وكانت قيمة البيت ألفاً وخمسمائة سلمناه جميعه الي الموصى له لينتفع به المدة الموصى بها بخلاف الرواية الأولى فانه لاحق له الا فى ثلث البيت ووجه هذه الرواية ان الموصى به المنفعة لا نفس البيت والنظر انما يكون للموصى به لا لغيره والأولى هى المتداولة فى اكثر الكتب وانظر ماذا نصنع على الرواية الثانية اذا كانت الوصية بالسكنى أو بالغلة طول عمر الموصى له — انظر مادة (٥٥٤)

(مادة ٥٥٤) اذا خرجت العين الموصى بسكناها أو بغلتها من ثلث مال الموصي

فاذا أراد الموصى له أن يستوفى الموصى به بأن أراد أن يسكن البيت فى الوصية بالسكنى أو يستغله فى الوصية بالغلة فلا حق لاحد فى معارضته أما اذا أراد ان يستوفى غير الموصى به بأن أراد من له السكنى الاجارة وأخذ الاجرة أو اراد الموصى له بالغلة أن يسكن بنفسه فلا يمكن من ذلك أما الاولى فباتفاق الحنفية وقال الامام الشافعى رضى الله تعالى عنه يملك ذلك لانه بالوصية ملكه المنفعة فيملك تمليكها لغيره ببدل وبغير بدل لأنها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها ليست بتمليك وانما هى اباحة عنده

ودليلنا أن الوصاية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بغير بدل فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل فى حالة الحياة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل فكذلك الوصية وتحقيق هذا الدليل أن التمليك ببدل لازم وبغيره ليس لازما ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد موته لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو ففى وضعه غير لازم

وأما الثانى وهو ما اذا كانت الوصية بالغلة وأراد الموصى له السكنى بنفسه ففيها خلاف بين الحنفية فمن قال بالجواز وجه كلامه بان قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود ولان الغير يسكن لاجله فاذا سكن بنفسه جاز

تسلم الى الموصى له للانتفاع بها على حسب الوصية وان لم تخرج من الثلث وكانت محتملة للقسمة ولم يكن للموصى مال غيرها تقسم اثلاثاً ان كانت الوصية بالسكنى أو تقسم غلتها ان كانت بالغلة ويكون للموصى له الثلث وللورثة الثلثان ولا يجوز لهم بيع الثلثين مدة الوصية وان كان للموصى مال غيرها تقسم بقدر ثلث جميع المال

ايضا ومن قال بعدمه وجه كلامه بان الغلة دراهم أو دنانير مثلا وقد وجبت الوصية بها والسكنى استيفاء المنافع فهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين على الموصى يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم استرداد المنفعة بعد استيفائها ولكن يقال على هذا اذا لم يمكنهم استرداد المنفعة يستردون القيمة منه لانه استوفى غير حقه فى المسألتين وصرحوا بان الثانى اصح فتأمل — انظر مادة (٥٥٥)

وكل هذه الاحكام فيما اذا كانت الوصية بالغلة أو بالسكنى أما اذا كانت بالثمرة كما اذا قال شخص أوصيت بثمرة أرضى أو بستانى لفلان فاما ان يقول ابداً وأما أن يعين مدة واما ان يطلق فان كان الاول استحق الموصى له الثمرة ما عاش اذا كان البستان يخرج من ثلث مال الموصى وان كان الثاني استحقها المدة المعينة وان كان الثالث بان قال أوصيت لفلان بثمرة بستانى ولم يزد شيئاً فإما أن يكون به ثمرة وقت موت الموصى واما ان لا يكون فان كان الاول استحق الموجودة فقط وان كان الثانى استحقها مدة عمره وحينئذ تكون الوصية بالثمرة مخالفة للوصية بالغلة فى صورة الاطلاق فانه فى الوصية بالغلة فى هذه الصورة يملك الغلة مدة عمره كما لو نص على التأبيد فيحتاج الى الفرق بينهما وهو مبنى على العرف لأن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد اذ لا يتأبد الا بتناول المعدوم أما الغلة فتشمل الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى فى العرف ولذا يقال فلان يأكل من غلة بستانه وارضه وبيته فاذا اطلقت تتناول

(مادة ٥٥٥) الموصي له بالسكني لاتجوز له الاجارة والموصي له بالغلة لاتجوز له السكني

الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى

وأما الثمرة فاذا اطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعدوم الا بدليل زائد عليه وانما شملت الثمرة الموجود والمعدوم فى صورة الاطلاق وكانت غير موجودة وقت موت الموصى لان الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا تتناول المعدوم الا مجازاً فاذا كان فى البستان ثمرة عند موت الموصى صار مستعملا فى حقيقته فلا يتناول المجاز واذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز فيستحق كل المعدوم ما عاش وحيث ان العرف هو الفارق بينهما فاذا فرض وكان العرف غير ذلك اتبع تأمل واحكم — أنظر مادتى (٥٥٦و٥٥٧)

فالذى علم ان الموصى له ينتفع بالموصى به على حسب عقد الوصية وبعد انتهاء لزمن المعين أو موته يرد الى الورثة لانها باقية على ملكهم ولكن هذا اذا لم يوص بنفس الشىء لغير الموصى له بالمنفعة فان فعل ذلك اتبعت وصيته فينتفع الموصى له بالمنفعة المدة المعينة أو مدة عمره على حسب عقد الوصية وبعد الانتهاء تسلم العين الى الموصى له بالرقبة ان كان حياً والا فلورثته وفى وقت انتفاع الموصى له بالمنفعة يكون كل ما يلزم لنفقة الشىء على

(مادة ٥٥٦) اذا أوصى بغلة أرضه لاحد فله الغلة القائمة بها وقت موت الموصى والغلة التي تحدث بها فى المستقبل سواء نص على الابد فى الوصية أو أطلقها

(مادد ٥٥٧) اذا أوصى بثمرة أرضه أو بستانه فان أطلق الوصية فللموصى له الثمرة القائمة وقت موت الموصى دون غيرها مما يحدث من الثمار بعده وان نص على الابد فله الثمرة القائمة وقت موته والثمرة التى تجدد بعده وكذلك الحكم اذا لم يكن في العين الموصى بها ثمار وقت وفاته

صاحب المنفعة كالمستعير فان عليه نفقة المستعار فاذا كان الموصى به أرضاً فالعشر والخراج والمصاريف اللازمة للاصلاح على المنتفع ان كان بها شيء يستغل والا فهي على مالك الرقبة لان المصاريف والحالة هذه تكون لاصلاحها فتلزم مالك الرقبة — أنظر مادة (٥٥٨)

﴿ الفصل الرابع ﴾

فى تصرفات المريض

لما كانت تصرفات المريض تخالف تصرفات الصحيح بين الفقهاء أحكام تصرفات الاول فى مبحث على حدته ولكن ليس كل مريض يكون حكم تصرفه مخالفاً لحكم تصرفات الصحيح بل المريض مرض الموت فاذن لا بد من معرفته حتى يمكننا الحكم على التصرفات بحسب الشخص الذى تصدر منه وقد اختلفوا فى تعريف مرض الموت على أقوال كثيرة والمعوّل عليه منها أنه هو المرض الذى يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت ويكون الغالب فيه موت المريض ولا شك ان هذا يختلف باختلاف الاشخاص بالنسبة لوظائفهم كالسوقى والكاتب والمدرس والقاضى وهذا فى حق الرجل

(مادة ٥٥٨) اذا أوصى لأحد بالغلة ولآخر بالارض جازت الوصيتان ويكون العشر والخراج والسقي وما يلزم من المصاريف لاصلاح الارض على صاحب الغلة في صورة ما اذا كان بها شيء يستغل والا فهي على الموصى له بالعين

أما فى حق المرأة فهو المرض الذى يكون الغالب فيه موتها ويعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت فظهر انه لا بد فى مرض الموت بالنسبة للمذكر والمؤنث من أمرين وهما غلبة الهلاك منه والعجز عن القيام بالمصالح فاذا حصل العجز المذكور بسبب المرض وانتفت غلبة الموت كالرمد وكسر الرجل مثلا فلا يعد هذا مرض الموت لانتفاء غلبة الهلاك وليس المريض وحده هو الذى تخالف تصرفاته تصرفات الصحيح بل هناك اصحاء يلحقون به فى أحكام تصرفاتهم وهم من كانوا فى حالة يخاف عليهم الهلاك فيها غالباً ويتفرع على هذا أنه اذا تبارز رجلان أو حكم على شخص بالاعدام لارتكابه جريمة القتل مثلا وقدم ليقتص منه أو كان شخص فى سفينة تلاطمت عليها الامواج وخيف غرقها أو غرقت بالفعل أو افترس سبع شخصاً وبقى حياً فى فمه وتصرف كل منهم فى هذه الحالة يعتبر هذا التصرف كتصرف المريض مرض الموت ثم أن بعض الامراض لا يستمر طويلا كالتيفوس فان من مرض به يبرأ أو يموت فى زمن غير بعيد فان تصرف صاحبه فان صح أو مات سرت عليه أحكام الاصحاء أو المرضى وبعضها قد يمكث زمناً طويلاً كالسل والفالج فاذا تصرف المريض بواحد منها اختلفت الاقوال فى اعتباره صحيحاً أو مريضاً مرض الموت فبعضهم يقول ما دام يزداد ما به فالغالب عليه الهلاك فيعتبر مريضاً مرض الموت وان لم يزدد اعتبر صحيحاً ومن قائل ان لم يرج برؤه بتداو فهو مريض مرض الموت وان كان يرجى اعتبر صحيحاً وبعضهم يقول لو طال وصار بحال لا يخاف منه الموت اعتبر المريض صحيحاً وهؤلاء اختلفوا فى حد التطاول فبعضهم اعتبره سنة وبعضهم اعتبر العرف

وبعضهم يقول ان لم يلازم فراشه فهو صحيح والا اعتبر مريضاً والمعول عليه منها انه ما دام يزداد ما بهم من العلة فحكمهم كالمريض فان قدمت العلة بأن تطاولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير فى أحوالهم بحيث لا يخشى الموت منه تعتبر تصرفاتهم بعد السنة كتصرفات الصحيح فمتى كان الشخص فى حالة يغلب عليه فيها الهلاك سواء كان مريضاً أو واقعاً فى حالة خطرة يخشى منها الهلاك غالباً وتصرف وهو فى هذه الحالة ومات من مرضه أو وهو على تلك الحالة حكمنا على هذا التصرف بأنه صدر منه وهو مريض مرض الموت أو وهو ملحق به فتجرى عليه الاحكام المناسبة له

وبعد ما تقدم يمكننا ان نقول ان الاشخاص وان كانوا ينقسمون بحسب التصرفات التى تصدر منهم الى أقسام كثيرة الا انه يصح تقسيمهم بحسب هذا المقام الى قسمين الاول الصحيح الثانى المريض مرض الموت والملحق به وكل منهما لتصرفاته أحكام مخصوصة فاستمع لما يلقى عليك حتى تعرف حكم تصرف كل

التصرفات تنقسم بالنظر لهذا المقام الى قسمين . القسم الاول التصرفات المنجزة الثانى التصرفات المضافة الى ما بعد الموت والاولى اما ان تكون انشائية وهى التى يقارن مدلولها التلفظ بها كالهبة والبيع والوقف فان التمليك لا يحصل الا وقت صدورها واما أن تكون اخبارية وهى التى تكون حكاية عن شىء مضى قبل التلفظ بها وهو الاقرار فان كان التصرف منجزاً وكان المتصرف صحيحاً فاما ان يكون غير محجور عليه واما أن يكون محجوراً عليه فان كان الأول نفذت هذه التصرفات من جميع ماله سواء كانت انشائية أو اخبارية

وسواء كانت لوارث أو لغير وارث وسواء كانت تصرفات معاوضة فيها معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة والشراء بأزيد منها او تصرفات تبرع كالهبة والصدقة ويتفرع على هذا أنه اذا باع الشخص المذكور لمن أراد أو اشترى ممن شاء أو تصدق على من أراد فلا حق لأحد فى الاعتراض عليه فى جميع هذه التصرفات وقد تقدم لك هذا المبحث بالنسبة للهبة فى شرح مادة ٥٠٣ فراجعه فانه مفيد

وان كان الثانى وهو ما اذا كان محجوراً عليه اختلفت أحكام التصرفات بالنسبة لسبب الحجر الذى قام به وأسباب الحجر ستة على ما تقدم فى محله وهى الصغر والجنون والعته والسفه والدين والغفلة فاذا أردت ان تعرف أحكام تصرفات واحد منهم فما عليك الا أن ترجع الى مبحثه فى الحجر تجدها مفصلة تفصيلا حسناً — انظر مادتى(٥٥٩ و ٥٦٢)

وان كان التصرف مضافا الى مابعد الموت وهو الوصية بأن قال وهبت لفلان نصف مالى بعد وفاتى أو أوصيت له به فلا تنفذ من كل المال بل من الثلث سواء كان صدورها فى حال الصحة أو فى حال مرض الموت ولكن نفاذها من الثلث ليس فى جميع الاحوال بل قد تنفذ الوصية من كل المال

(مادة ٥٥٩) التصرف الانشائى المنجز الذى فيه معنى التبرع ان صدر من أهله فى حال صحة المتبرع ينفذ من جميع ماله

(مادة ٥٦٢) هبة المقعد والمفلوج والمسلول تنفذ من كل ماله اذا تطاول ما به سنة ولم يخش موته منه فان لم تطل مدته وخيف موته بان كان يزداد ما به يوماً فيوماً يعتبر تصرفه من الثلث

وقد لا تنفذ فى شىء منه لان الحكم يختلف باختلاف حال الموصى والموصى له والموصى به فلا تكتف بما ذكر فى هذه المادة لانه فى غاية الاجمال فلا يفيدك شيئاً فاذا أردت التفصيل الذى لا مزيد عليه بالنسبة لهذا المقام فارجع الى شرح مادة ٥٣٤ والمواد الخمس التى بعدها تجد كل ما تريده فى هذا الموضوع — أنظر مادة (٥٦٠)

وان كان التصرف منجزاً وكان المتصرف مريضاً مرض الموت والتصرف انشائى كالهبة والوقف والبيع والشراء وغيرها من المعاملات حكمنا على هذه التصرفات حكمنا على الوصية وحينئذ ننظر الى هذه التصرفات فتارة يكون التصرف الذى صدر منه تبرعاً محضاً كالهبة والوقف وتارة يكون تصرف معاوضة ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة والشراء با كثر منها فان كان الاول بان وهب لشخص شيئاً من أملاكه نظرنا الى الواهب والموهوب له والشىء الموهوب كما نظرنا الى الموصى والموصى له والموصى به وعند ذلك لا يخلو الحال من التفصيل الآتى وهو :

الواهب الذى هو مريض مرض الموت اما أن يكون غير مديون واما أن يكون مديوناً فان كان مديوناً فاما أن يكون دينه مستغرقاً لتركته واما ان يكون غير مستغرق لها وعلى كل حال فاما أن يكون الموهوب له وارثاً للواهب أو أجنبياً منه وان كان أجنبياً فاما أن يكون للواهب وارث اولا وفى كل هذه الاحوال اما أن يكون الموهوب أقل من ثلث تركته أومساوياً له

(مادة ٥٦٠) التصرف المضاف الى ما بعد الموت ينفذ من ثلث المال لا من جميعه وان كان صدوره فى حال الصحة

أو أكثر منه وكل له حكم يخصه واليك البيان فان كان الواهب غير مديون أصلا وكان الموهوب له أجنبياً منه ولم يكن له وارث نفذت الهبة كلها ولو كان الموهوب كل التركة فلا حق لأحد فى المعارضة ولا بيت المال بل اذا لم تكن الهبة بالكل فله الباقى وان كانت بالكل فلا يستحق شيئا والسبب فى ذلك أن الموهوب له فى هذه الحالة يعتبر موصى له وهذا مقدم على بيت المال فى الاستحقاق والمتأخر لا حق له فى معارضة المتقدم

وان كان الواهب مديوناً وكان دينه مستغرقاً لتركته بان كانت الديون الثابتة فى ذمته وقت موته أربعة آلاف جنيه مثلا وتركته تقوم بهذا المبلغ فلا تنفذ الهبة سواء كان الموهوب قليلا أو كثيراً وسواء كان الموهوب له أجنبيا من الواهب أو وارثا له الا اذا اجازها الدائنون فانها تنفذ ولو استغرقت جميع المال ولا عبرة باجازة الورثة فى هذه الحالة لان الحق ليس لهم اذ حقهم فى الارث مؤخر عن قضاء الديون فالاجازة وعدمها يثبتان لصاحب الحق فان شاء الغاها وان شاء أمضاها

وان كان الواهب مديونا ولكن دينه غير مستغرق لتركته بان كانت الديون الثابتة عليه وقت موته الفى جنيه وتركته تساوى أربعة آلاف جنيه نخرج من التركة أولا مقدار الديون ونحكم على المبلغ الزائد بالحكم على الهبة فى حالة ما اذا كانت التركة خالية عن الدين

وان كان الواهب غير مديون وكانت الهبة لوارث وكان للواهب ورثة غيره فلا تنفذ الهبة الا اذا أجازتها الورثة سواء كانت الهبة بأقل من الثلث أو به أو بأكثر منه لان فيه ايثار بعض الورثة على البعض الآخر فاذا لم

تحفظ لهم الحق أدى ذلك الى قطيعة الرحم وهى منهى عنها

ويشترط فى صحة الاجازة أن يكون المجيز من اهل التبرع فاجازة الصبي والمجنون والمعتوه والمحجور عليه لسفه غير معتد بها لان كلا منهم ليس أهلا له ويعتبر كون الموهوب له وارثاً أوغير وارث وقت موت الواهب لا وقت الهبة كما حكمنا بهذا الحكم على الوصية

وان كان الواهب غير مديون وكانت له ورثة وكان الموهوب له أجنبيا منه بأن كان غير وارث له وقت موته فان كان الموهوب لا يتجاوز ثلث التركة نفذت الهبة وان لم تجزها الورثة فان تجاوز الثلث توقف الزائد على اجازة الورثة فان ردوها بطلت فيه وان أجازوها نفذت لان المنع كان لحقهم وقد اسقطوه فيزول المانع والاصل فى هذا حديث سعد بن ابى وقاص رضى الله تعالى عنه المتقدم فى شرح مادة (٥٣٧) ومثل الهبة فيما ذكر الضمان وهو الكفالة التى هى ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة بالدين فاذا كان شخص مدينا لآخر فى خمسمائة جنيه مثلا وضمن المدين شخص آخر بهذا المبلغ كان هذا كفالة فاذا فرضنا أن الضامن كان مريضا مرض الموت وكان كل من المضمون له (وهو الدائن) والمضمون عنه (وهو المديون) أجنبيا منه ولم يكن له وارث نفذ الضمان فللدائن الحق فى أخذ الدين المضمون به من تركته وليس لأحد حق فى معارضته ولو استغرق هذا الدين كل التركة وان كان الضامن مديونا ودينه مستغرق لتركته فلا ينفذ الضمان ولو قل الدين المضمون به الا اذا ابرأه الدائنون الذين تعلق حقهم بأمواله قبل هذا الضمان لان الحق لهم فى هذه الحالة

وان كان الضامن مديوناً ولكن دينه غير مستغرق لتركته نخرج من التركة أولاً مقدار الديون الثابتة ونحكم على المبلغ الذى زاد عن الدين بالحكم على الضمان فى حالة خلو التركة عن الديون

وان كان الضامن غير مديون أصلا وكان المكفول له أو عنه وارثاً وكان للضامن ورثة غيره فلا ينفذ هذا الضمان الا اذا أجازته الورثة وكانوا من أهل التبرع سواء كان الدين المضمون قليلاً أو كثيراً فان أجازت الورثة ثبت للمضمون له أخذ الدين من التركة وان لم يجيزوا فلا حق له فى أخذ شىء منها بل يأخذ دينه من المدين الاصلى وهو المكفول عنه

وان كان الضامن غير مديون وكانت له ورثة وكان كل من المضمون له وعنه أجنبياً منه فان كان المال المضمون لا يتجاوز ثلث المال نفذ وان لم تجزه الورثة فان تجاوز الثلث توقف الزائد على اجازتهم فان ردوه بطل وان أجازوه نفذ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع وقس باقى تصرفات المريض التى هى تبرع محض كالوقف والصدقة على الهبة والضمان

وان كان الثانى وهو ما اذا كان التصرف من تصرفات المعاوضة ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة حكمنا على المبلغ المحابى به حكمنا على الوصية فننظر الى حال البائع والمشترى والقدر المحابى فيه ونجرى الأحكام المتقدمة وذلك أن الشخص المريض مرض الموت اما ان يبيع لوارث أو لغير وارث وعلى كل فاما أن يكون مديوناً أو غير مديون وان كان مديوناً فاما ان يكون الدين مستغرقاً لتركته أو غير مستغرق لها واليك بيان الاحكام : فان باع المريض لوارثه بمثل القيمة أو بغبن يسير وكان المريض غير مديون كان

هذا البيع موقوفاً على اجازة باقى الورثة فان أجازوه نفـذ وان ردوه بطل .
وان باع المريض لغير وارثه بأن كان أجنبياً منه وليس على المريض دين أو كان عليه ولـكنه غير مستغرق لتركـته فان كان البيع بمثل القيمة أو بغبن يسير كان هذا البيع نافذاً لازماً فليس لاحد من الورثة حق فى الاعتراض على هذا العقد ومثل الورثة الدائنون ان كان الغبن لا يؤثر على حقوقهم

وسبب هذا الحكم فى هذه الحالة والتى قبلها ان المريض ممنوع من ايثار بعض الورثة بالعين لان الناس لهم اغراض فى العين فلا يملك ايثار بعض الورثة بها وأما فى حق غير الورثة فهو ممنوع من ابطال المالية حتى كان له أن يبيع له جميع ماله بمثل القيمة و بأقل منها الى ثلثى القيمة اذا لم يكن عليه دين لان له ان يحابى غير الوارث بقدر الثلث كما يجوز له ان يتبرع به فبعد موت المريض تكون الغرماء أحق بمالية التركة والورثة أحق بالاعيان ولذا كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة من الدائنين حتى لو كانت التركة مستغرقة بالدين فأراد الورثة استخلاصها ونقد المال يجبر رب الدين على القبول لانهم عند استغراق التركة بالدين وان كان لا تملك لهم حق استخلاصها أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يدفعوا فعلا فيكون للقاضى أن يبيع التركة ويقضى حق الغرماء بخلاف الاجنبى فانه لو نقد الدين لا يجبر صاحب الدين على القبول لأن الأجنبي ليس له استخلاص التركة . وهذا اذا كان الدين مساوياً لقيمة التركة فلو كان زائداً عنها فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة لان الغرماء قد يكون لهم غرض صحيح فى استبقاء الاعيان اذ من الجائز أن يبيعوها بعد زمن بما يستوفون منه جميع ديونهم . والحكم الثابت لجميع الورثة يثبت لبعضهم

فاذا سلم بعضهم فى الاعيان للدائنين ولم يرد دفع قيمتها كان للبعض الآخر حق فى الاستخلاص

وما تقدم من الفرق بين الوارث وغيره هو مذهب الامام الاعظم ووافقه الصاحبان فى الحالة الثانية وهى ما اذا كان البيع لغير وارث وخالفاه فى الحالة الاولى وهى ما اذا كان البيع لوارث فقالا ان كان البيع بمثل القيمة فلا حق لباقى الورثة فى الاعتراض على هذا البيع لانتفاء التهمة ولتمكن الورثة من أن يشتروا بالثمن الذى أخذه المورث عيناً أخرى مثل المبيعة أما لو كان الثمن انقص من القيمة ولو يسيراً فيوقف على اجازتهم فان لم يجيزوا تخير الوارث المشترى بين أمرين ـ الاول ان يبلغ المبيع تمام القيمة وحينئذ يسقط حقهم فى الاعتراض ـ الثانى أن يفسخ البيع ويرد المبيع الى التركة ويستلم الثمن الذى دفعه للمورث

فقد ظهر من هذا ان علة عدم نفاذ بيع المريض لبعض الورثة عند الصاحبين هى وجود التهمة حتى لو انتفت بأن كان البيع بمثل القيمة نفذ وان لم تجزه الورثة وعند الامام الاعظم هى ايثار بعض الورثة بالاعيان

ويؤخذ حكم ما اذا باع المريض مرض الموت لوارثه شيئاً من أمواله بأكثر من قيمته من توجيه كل من المذهبين .

وان باع المريض لغير الوارث أيضاً وكان غير مديون ولكن البيع فيه غبن فاحش وهو الذى لا يدخل تحت تقويم المقومين فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة — الاول ان يكون النقص الذى حصل فى الثمن أقل من ثلث ماله الثانى أن يكون مساوياً له — الثالث ان يكون زائداً على الثلث . فان كان الاول أو الثانى فهو محاباة جائزة من المريض للمشترى فليس للورثة حق فى

الاعتراض على المشترى لان المريض له أن يتبرع فى مرض موته لغير وارثه بثلث ماله ويكون هذا التبرع نافذاً وان لم تجزه الورثة

وان كان الثالث وهو ما اذا كان النقص الذى حصل فى الثمن زائداً على الثلث خيرت الورثة بين أمرين الاول اجازة الزائد على الثلث وحينئذ فلا يلزم المشترى بشىء لان المنع كان لحقهم وقد اسقطوه — الثانى ان لا يجيزوه وفى هذه الحالة يخير المشترى بين أمرين الاول ان يدفع للورثة الزائد على الثلث ليكمل لهم الثلثين — الثانى أن يفسخ البيع ويرد المبيع الى الورثة وحينئذ يعطى المشترى ما دفعه من الثمن لما علم مراراً ان المريض ليس له ان يعطى غير الوارث اكثر من الثلث الا باجازة الورثة — فلو فرض ان شخصاً باع وهو مريض مرض الموت بيتاً الى أجنبي منه بمائتى جنيه وكانت قيمة البيت تساوى خمسمائة جنيه فيكون قد حاباه بثلثمائة جنيه فان كانت جميع أموال المريض تساوى الف جنيه فليس للورثة حق فى الاعتراض على هذا العقد لان القدر المحابى به وهو الثلثمائة أقل من ثلث أموال المريض ومثله ما اذا كانت جميع أمواله تساوى تسعمائة جنيه لان القدر الذى حابى به المشترى مساو للثلث فينفذ وان لم تجز الورثة . ولو كانت جميع أموال المريض تساوى ستمائة جنيه فقط ثبت للورثة حق الاعتراض على هذا العقد لانه فى هذه الحالة يكون القدر المتبرع به اكثر من الثلث اذ هو ثلثمائة وثلث أموال المريض مائتان فقط فيثبت لهم هذا الحق وحينئذ فاما ان يفسخ المشترى البيع ويسلم المبيع الى الورثة ويستلم الثمن الذى دفعه واما ان يعطيهم مائة جنيه ليكمل لهم الثلثين اللذين هما أربعمائة فى هذا المثال وتكون المائتان اللتان هما ثلث المال وصية له وهذا أحسن له كما هو ظاهر

وان كان المريض الذى باع شيئاً من أملاكه لاجنبى منه بغبن فاحش مديوناً ولكن دينه غير مستغرق لتركته فما علينا الا أن نخرج مقدار الدين من التركة ونحكم على المبلغ الباقى بعد اخراجه بالاحكام التى حكمنا بها فى الاحوال التى يكون المريض فيها غير مديون أصلا

وان باع المريض لغير الوارث وكان عليه دين مستغرق لتركته فان لم يكن فى البيع محاباة أصلا بان كان بمثل القيمة فلا حق للدائنين فى الاعتراض لان حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها فالمدين وان كان قد أخرج شيئاً عن ملكه بهذا العقد الا انه أدخل فيه ما يقابله من الثمن المساوى لقيمته أما لو كانت فيه محاباة سواء كانت قليلة أو كثيرة فلا ينفذ الا باجازة الدائنين لان الحق لهم لا للورثة فى هذه الحالة اذ الارث مؤخر عن قضاء الديون فاذا لم يجيزوا يخير المشترى بين أمرين الاول فسخ العقد وأخذ ما دفعه من الثمن وحينئذ يضم المبيع الى التركة وتباع ليقسم ثمنها على الدائنين ان وفى بديونهم والا فيأخذ كل منهم بنسبة دينه ولكن هذا اذا لم ترد الورثة استخلاص التركة بدفع ما عليها من الديون فان أرادوا ذلك اجيبوا الى طلبهم لان حق الدائنين متعلق بمالية التركة لا بأعيانها كما علم قريباً . الثانى أن يبلغ المشترى المبيع تمام قيمته وفى هذه لا ينزع الدائنون المبيع من تحت يده اذ لا ضرر يلحقهم

وانما لم ينظر للمحاباة فى هذه الحالة ويقال فيها ما قيل فيما اذا كان المريض غير مديون وهو التفصيل بين المحاباة التى تخرج من الثلث والتى تزيد عليه لانه لو كان مديوناً لم يثبت له حق فى المحاباة اصلا اذ حق الدائنين مقدم على من سواهم لان ما يأخذونه فى مقابلة ما أعطوه بخلاف المتبرع له

فانه يأخذ المتبرع به بلا عوض ولكن محل تخيير المشترى بين الامرين المتقدمين اذا كان كل منهما ممكنا فان تعذر أحدهما كما اذاهلك المبيع تحت يده أو أخرجه عن ملكه الزم باتمام الثمن الى أن يبلغ القيمة

ومثل البيع فى كل الاحوال المتقدمة الشراء فاذا اشترى المريض مرض الموت من وارثه الصحيح أومن أجنبي وكان غيرمديون اومديونا سواء كان دينه مستغرقا لتركته أوغيرمستغرق لها اتبعت الاحكام المتقدمة في البيع لكن ان كان فى العقد محاباة اعتبرت بزيادة الثمن عن قيمة المبيع فى صورة الشراء بخلاف البيع فانها معتبرة بالزيادة فى القيمة لان المحاباة فيها لا تكون الا بذلك

وأما محاباة المريض فى الاجارة بأن آجر أرضاً له ثلاث سنين بألف جنيه وكانت قيمة أجرتها فى هذه المدة الفين فلا يظهر ان حكمها كحكم الوصية لان الاجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين فلا ضرر على الورثة فيما بعد الموت لان الاجارة لما بطلت صارت المنافع مملوكة لهم وفى حياته لاملك لهم فلا ضرر عليهم فيما يستوفيه المستأجر حال حياة المؤجر ومثل الاجارة الاستئجار بان استأجر شيئاً بأكثر من قيمته وكانت المحاباة كثيرة فتأمله .

ولا يمكننا الحكم على المرض بانه مرض موت الا اذامات به الشخص لأنه يؤخذ من الاضافة انه هو المرض الذى يكون الموت فى نهايته ولذا لو برىء منه المريض حكمنا على جميع تصرفاته بالاحكام التى نحكم بها على تصرفات الاصحاء

وقد نصوا على أن جميع تصرفات المريض نافذة حال حياته ولو كان الغالب الهلاك من هذا المرض لأنه من الجائز أن يبرأ هو منه وان كان غيره يموت به لان الا جال لا يعلمها الا الله وكثيراً ما تخلفت ظنون الحكماء قال تعالى (وما تدرى

نفس ما ذا تكسب غدا وماتدري نفس بأى أرض تموت ان الله عليم خبير)

وينبنى على ذلك أنه لوأقر بشيء لغيره ولو كان المقرله وارثا يؤمر فى الحال بتسليمه له اذ يجوز برؤه من هذا المرض فيكون حكم تصرفه كحكم تصرفات الاصحاء ومثل الاقرار جميع تصرفاته من هبة ووقف وبيع وشراء بمحاباة فما دام المريض حياً لا يثبت لاحد حق فى الاعتراض على هذا التصرف فاذا مات أجرينا على كل تصرف ما يناسبه من الاحكام المتقدمة — أنظر مادة (٥٦١)

وان كان التصرف منجزاً والمتصرف مريض مرض الموت وكان التصرف اخبارياً وهو الاقرار فلا يخلو الحال من أحد أمرين — الأول أن يكون الاقرار لغير وارث — الثانى أن يكون لوارث . فان كان الاول صح الاقرار ونفذ بلا توقف على تصديق الورثة ولو استغرق جميع ماله . فاذا قال المريض ان لفلان فى ذمتى الف جنيه مثلا وكان المقر له أجنبياً صح هذا الاقرار ولا حق لاحد فى معارضته بل له أن يستوفى كل هذا المبلغ من التركة بعد تسديد ديون الصحة

وان كان الثانى وهو ما اذا كان الاقرار لوارث توقف على تصديق بقية الورثة ولو قل المقر به . فان شاؤوا انفذوه وان أرادوا الغاءه أبطلوه . ولا فرق فى ذلك بين ما اذا كان المقر به عيناً أو ديناً سواء أقر بأن فى ذمته لوارثه مائة جنيه مثلا أو كان وارثه مدينا له فأقر بأنه قبض منه هذا الدين أو من ضامن

(مادة ٥٦١) جميع تصرفات المريض الانشائية من هبة ووقف وضمان ومحاباة فى الاجارة والاستئجار والمهر والبيع والشراء وغير ذلك من المعاملات حكمها حكم الوصية في اعتبارها من الثلث والمرض الذى يبرأ منه ملحق بالصحة

الوارث فى الدين الذى عنده فان هذا كله يتوقف على تصديق الورثة الا فى ثلاث مسائل وسنذكرها قريبا

والسبب فى ذلك أن فى هذا الاقرار تفضيل بعض الورثة على البعض الآخر بسبب اعطائه شيئاً من المال بعد ماتعلق حق جميعهم به . وهذا لا ينفذ كالوصية له لما فيه من ابطال حق الباقين. وانما تعلق حقهم بماله لاستغنائه عنه بعد الموت الذى وجد سببه وهو المرض . فلا يمكن من ابطال حق بعضهم بجعل شىء من ماله للبعض الآخر ، ومقتضى هذا السبب أن لا ينفذ الاقرار للاجنبى ايضاً الا فى الثلث كما فى الوصية له فان زاد عن الثلث فلا ينفذ الزائد الا بتصديق الورثة لان فيه ابطال حقهم بعد ما تعلق بماله فلا يمكن منه وهو القياس ولكنهم أخذوا فيه بالاستحسان تاركين القياس ظهريا لما ورد عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما (اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فغير جائز الا أن يصدقه الورثة) فاخذ علماؤنا بهذا لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ووجه هذا الاستحسان اننا لو لم نقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته فى الصحة حذراً من ضياع أموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة فيلحقه الضرر فلا يحجر عليه بالنسبة لهذا الاقرار لاحتياجه الى المعاملة كما لا يحجر عليه فى حق الاجنبى بالنسبة للتبرع له الى الثلث لحاجته الى التقرب الى الله تعالى فيه ولكن يقال أن الحاجة موجودة بالنسبة للوارث ايضاً لان الناس كما يعاملون الاجنبى يعاملون الوارث وأجابوا عن ذلك بأنه قلما تقع المعاملة معه لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحي من المماكسة معه فلا يحصل

ومثل الاقرار بالدين الاقرار بالعين فاذا اقر المريض لوارثه بأن البيت الفلانى مملوك له فلا ينفذ هذا الاقرار الا بتصديق بقية الورثة اما اذا كان الاقرار لاجنبي فانه ينفذ وان لم يكن له مال غيره بدون احتياج الى تصديق الورثة.

وقيد بعضهم نفاذ اقرار المريض بالاعيان للاجنبي من جميع ماله بما اذا كان الاقرار حكاية عن شيء ثابت فى الماضى أما اذا كان الغرض منه ابتداء التمليك توقف الزائد عن الثلث على اجازة الورثة ومعنى ابتداء التمليك فى الاقرار أن يكون اقراراً فى الصورة وهو فى الحقيقة ابتداء تمليك بأن يعلم بوجه من الوجوه ان الشيء الذى أقر به ملك له وانما قصد اخراجه فى صورة الاقرار لاجل أن لا يكون فيه منع ظاهر على المقر مريداً بذلك الاضرار بالورثة كما يحصل كثيراً فى زمامنا

ولا فرق فى ذلك بين ما اذا ملك الشيء المقر به وهو مريض أو ملكه وهو صحيح واستمرت ملكيته له حتى مرض وهذا القيد حسن لان هذا ليس اقراراً فى الحقيقة اذ حقيقة الاقرار هى الحكاية عن شيء ثابت قبله ولهذا كان الاقرار مظهر الملك المقر له لا سببا للملك كما هو رأى الكثيرين ومما يشهد لهذا التقييد ما ذكره فى القنية وهو بالمعنى اذا أقر شخص وهو صحيح بان البيت الفلانى الذى تحت يد أبيه مملوك لفلان ثم مات الاب والابن مريض فلا يستحق المقر له البيت الا اذا كان يخرج من ثلث المال لان اقرار الابن متردد بين أن يموت الابن أولا فيبطل أو الاب أولا فيصح فصار كالاقرار المبتدأ فى المرض

فهذا كالتنصيص على أن المريض اذا أقر بعين فى يده للاجنبي انما

يصح اقراره من جميع المال اذا لم يكن تمليكه اياه فى حال مرضه معلوماً حتى يمكن جعل اقراره اظهاراً لحق المقر له لا تمليكا اما اذا علم تمليكه فى حال مرضه فاقراره لا ينفذ الا من ثلث المال — وقال فى الفصول العمادية اقرار المريض للاجنبي يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال وهو صريح فيما تقدم من التقييد

وقد جاء فى مادة (١٦٠١) من المجلة والاقرار لاجنبي صحيح من جميع المال فى مرض الموت اذا لم يكن عليه دين الصحة ولم يعلم أن المقر ملكه بسبب هبة أو ارث أو شراء من مدة قريبة وأما اذا علم أن المريض كان ملكه بسبب مما ذكر وكان قريب عهد فى تملكه فيكون من الثلث سواء حمل على الوصية ان كان فى مذاكرة الوصية والا فعلى الهبة اذا كان معلوماً ذلك عند كثير من الناس فهذا صريح فى أن الاقرار لا ينفذ من جميع المال الا اذا كان المقر له مالكا للشيء المقر به والاقرار أظهر ذلك

اما اذا كان الغرض منه ابتداء تمليك فى الحال فلا ينفذ الا من الثلث وانما اكثرنا فى هذه المسئلة من النقول لان بعضهم ينكر هذا التقييد ولا يفرق بين حقيقة الاقرار ومجازه مع أنه فى غاية الحسن ولم لم يحمل المطلق على المقيد فيزول ما عندهم من الاشكال

اذا تقرر هذا فينبغى أنه متى حصل نزاع فى اقرار ورفعت المسئلة الى القاضى بحثها ببحث مدقق فينظر الى الاغراض لا الى الالفاظ حتى يصل الى الحقيقة فيحكم بما تقتضيه

ويستثنى من عدم نفاذ اقرار المريض لوارثه ثلاث مسائل فالاقرار

فيها نافذ وان لم يصدقه الورثة — الأولى اذا كان للوارث وديعة معروفة عند مورثه بأن أودع عنده ألف جنيه مثلا على يد شهود سواء كان ذلك فى صحته أو فى حال مرضه فأقر المريض بأنه استهلكها نفذ وان عارضت الورثة فيه وحينئذ يثبت للمقر له استيفاء هذا المبلغ من التركة قبل قسمتها عليهم لأن قضاء الديون مقدم على الارث وسبب استثناء هذه المسئلة ان الضمان واجب فى تركته وان لم يقر لان الوديعة متى كانت معروفة ومات المودع مجهلا لها ولم توجد فى تركته ثبت للمودع أخذ بدلها لأن الأمانات تضمن بموت الامين غير مبين لها فالاقرار وعدمه فى الحقيقة سواء بالنسبة للضمان

الثانية اذا كان للمورث وديعة عند الوارث فأقر وهو مريض بأنه قبضها منه صح هذا وان لم تصدقه الورثة فلا حق لهم فى مطالبته بها والسبب فى ذلك انه اذا مات ولم يقر بالقبض فادعى الوارث انه سلمها له فى حياته صدق فى دعواه من غير اقامة بينة لانه أمين وحكمه ما ذكر ؛

ولذا كان هذا الحكم غير خاص بالوديعة بل هو شامل لجميع الامانات كالعارية ومال الشركة والمضاربة فمتى أقر بقبضها من وارثه نفذ وان لم تصدقه الورثة للسبب المتقدم

الثالثة اذا أقر بقبض ما قبضه الوارث من مديونه بطريق الوكالة فاذا فرضنا ان المورث كان دائنا لشخص ووكل وارثه فى قبض الدين منه ثم أقر وهو مريض بأنه استلم الذى قبضه وارثه من مديونه بطريق التوكيل نفذ هذا الاقرار وان لم تصدقه الورثة . لان الوكيل أمين فى مال الموكل فيكون السبب ما ذكر فى سابقتها

وقال الامام الشافعى رضى الله تعالى عنه فى أحد قوليه ان اقرار المريض لوارثه نافذ وان لم تصدقه الورثة . ووجه هذا القول ان الاقرار مظهر حقاً ثابتاً وقد ترجح جانب الصدق فيه بدلالة الحال فان حال المرض أدل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز ان يثبت الحجر عن الاقرار به فصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وهذا جائز بالاتفاق فليكن هذا مثله

وفصل الامام مالك فى ذلك فقال بالنفاذ وان لم يصدقه باقى الورثة ان لم يكن متهما فيه . وبعدم النفاذ الا بتصديق الورثة اذا كان متهماً . فاذا فرض ان شخصاً مريضاً مرض الموت ليست له ورثة الا بنتاً وابن عم شقيق أو لأب فأقر لابنته بشيء من أمواله توقف النفاذ على تصديق ابن العم لانه متهم فيه اذ الظاهر انه يريد تفضيل بنته على ابن عمه ولو كان الاقرار لابن العم نفذ وان لم تصدقه البنت لانه لا يتهم فى أنه يريد تفضيله على بنته فيكون الظاهر انه صادق فى هذا الاقرار فينفذ لعدم التهمة وهو تفصيل يهم المتتبعين للحقائق

واما الامام احمد فهو موافق للامام الأعظم أبى حنيفة — أنظر مادتى (٥٦٣ و٥٦٤)

(مادة ٥٦٣) اقرار المريض بدين لغير وارثه صحيح وينفذ من جميع ماله وان استغرقه وكذا اقراره بعين الا اذا علم تملكه لها فى مرضه

(مادة ٥٦٤) اقرار المريض لوارثه باطل الا ان يصدقه بقية الورثة سواء كان اقراراً بعين أو دين عليه للوارث أو بقبض دين له من الوارث أو من كفيله الا في صورة ما اذا أقر باستهلاك وديعته المعروفة التى كانت مودعة عنده أو أقر بقبضه ما كان وديعة عند وارثه أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه

فالذى علم من هذا ان الاقرار يختلف حكمه بالنسبة للوارث ولغيره فاذن لا بد من معرفتهما حتى نحكم على كل واحد بالحكم الذى يناسبه فاصغ للتفصيل الذى يلقى عليك حتى يتميزا عن بعضهما وهو ان الشخص المريض اذا أقر لغيره بشيء من أمواله فلا يخلو حال ذلك الغير من أمور أربعة الأول ان يكون وارثا للمقر وقت الاقرار وليس وارثا له وقت الموت — الثانى ان يكون وارثا وقتهما وليس وارثا فيما بينهما — الثالث ان يكون غير وارث وقت الاقرار ولكنه صار وارثا وقت الموت — الرابع ان يكون غير وارث وقتهما . فان كان الاول نفذ الاقرار وان لم تصدقه الورثة وينبنى على ذلك انه اذا كان للمريض اخوة وليس له ابن فأقر لاحد اخوته بشيء ثم ولد ابن واستمر حيا حتى مات أبوه اعتبر الاخ أجنبيا منه فيستحق الشيء المقر به اتفاقا لانه غير وارث وقت موت المقر اذ الابن يحجب جميع الاخوة من الميراث — وان كان الثانى وهو ما اذا كان وارثا وقتهما ولم يكن وارثا فيما بينهما ففيه خلاف — فأبو يوسف يعتبره وارثا فيقول لا ينفذ الاقرار الا بتصديق الورثة ومحمد يعتبره أجنبيا فيقول ينفذ وان لم يصدقوه

ويتفرع على هذا انه اذا أقر لزوجته وهو مريض ثم أبانها وبعد انقضاء عدتها تزوجها ثانيا ومات وهى زوجته فلا يكون الاقرار نافذا الا بتصديق الورثة عند أبى يوسف ويكون نافذا وان لم يصدقوه عند محمد — ووجه أبو يوسف كلامه بأن العبرة بحالة الاقرار وحالة الموت لأن حالة الاقرار حالة انعقاد السبب وحالة الموت حالة ثبوت الحكم فلا يعتبر ما بينهما ذ لا تعلق للحكم به خصوصا وان المقر متهم فى الطلاق ومحمد يقول ان المقر له

لما صار أجنبياً نفذ الاقرار كما لو أنشأه فى هذا الوقت ألا ترى انه لو لم يتزوجها ثانيا كان نافذاً فلا يؤثر العقد بعد ذلك — وبعضهم قال ان أبا يوسف رجع عن قوله ووافق محمداً

وان كان الثالث وهو ما اذا كان غير وارث وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ففيه تفصيل لأن استحقاقه للارث اما ان يكون بسبب موجود وقت الاقرار واما ان يكون بسبب حادث بعده فان كان الاول اعتبر وارثا بالاتفاق فلا ينفذ الاقرار الا بتصديق الورثة وان كان الثانى اعتبر أجنبيا اتفاقا فينفذ وان لم يصدقوه ويتفرع على الاول أنه اذا اقر شخص وهو مريض مرض الموت لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت ابيه ومات الاب بعد ذلك فلا يستحق الاخ الشيء المقر به الا اذا صدقه الورثة لان السبب الذى استحق به الارث وقت موت المقر وهو القرابة كان موجوداً وقت الاقرار ولكنه كان غير وارث وقته لوجود الحاجب له وهو الابن ومثل هذا ما اذا أقر الشخص لأخيه المخالف له فى دينه ثم اسلم قبل وفاته لان سبب الارث وهو القرابة كان موجوداً وقت الاقرار وان كان هناك مانع منه وهو اختلاف الدين

ويتفرع على الثانى ان المريض اذا أقر لامرأة أجنبية منه ثم تزوجها ومات وهى على ذمته استحقت جميع المقر به وان عارضت الورثة لان السبب الذى ورثت به وهو الزوجية لم يكن موجوداً وقت الاقرار

وان كان الرابع وهو ما اذا كان غير وارث وقتهما بأن أقر لشخص غير قائم به سبب من أسباب الميراث ومات وهو كذلك ولو وجد السبب فيما بينهما اعتبر المقر له اجنبياً فيستحق جميع المقر به وان لم تصدقه الورثة فاذا أقر

لامرأة اجنبية منه وهو مريض ثم تزوجها وطلقها ومات وهي خارجة عن ذمته او لم يتزوجها استحقت جميع المقر به ولو عارضت الورثة

ومتى عرفت هذه الاحوال يمكنك أن تخرج أي مثال يرد عليك تابعاً للحالة التي هو منها ولا يخفى عليك بعد معرفة ما ذكر أن الوارث هنا يخالف الوارث بالنسبة للوصية اذ المعتبر فيه بالنسبة لها أن يكون وارثاً وقت موت الموصي بقطع النظر عن وقت الوصية — انظر مادة (٥٦٥)

ومن التصرفات التي اتهموا فيها المريض ونظروا فيها لحق الورثة اقراره أو وصيته لمن أبانها فاذا طلق الرجل زوجته طلاقا بائناً وهو مريض مرض الموت فأقر لها بدين أو اوصى لها بوصية ثم مات من مرضه هذا قالوا ان هذا الطلاق اما أن يكون بطلبها واما أن يكون بغيره فان كان الاول ومات قبل انقضاء عدتها استحقت أقل الشيئين وهما مقدار ما ترثه منه والدين المقر به لها او المبلغ الموصى لها به والسبب في ذلك تهمة المواضعة بين الزوجين اذ يجوز أن الزوج يريد أن يعطي لزوجته أكثر مما تستحقه في الميراث لو مات

(مادة ٥٦٥) العبرة بكون المقر له وارثاً أو غير وارث عند الاقرار ومعنى كونه وارثاً عند الاقرار أنه قام به سبب من اسباب الميراث ولم يمنع من ميراثه مانع عند الموت فلو أقر لغير وارث بهذا المعنى جاز وان صار وارثاً بعد ذلك بشرط أن يكون ارثه بسبب حادث بعد الاقرار كما لو أقر لاجنبية ثم تزوجها بخلاف ما اذا كان السبب قائماً لكن منع مانع ثم زال بعده كما لو أقر لابنه مع اختلاف الدين ثم أسلم فانه يبطل الاقرار وكذا لو أقر لاخيه المحجوب باختلاف دين أو وجود ابن اذا زال حجبه باسلامه أو موت لابن لا يصح الاقرار لقيام السبب عند الاقرار وزوال المانع عند الموت ولو أقر لاخيه مثلا ثم ولد له ابن واستمر حياً الى الموت يصح الاقرار لوجود المانع عند الموت .

وهى على ذمته فيتفقان على طلبها الطلاق لينفتح لهما باب الاقرار او الوصية فيرد عليهما هذا القصد السيء نظراً لحقوق الورثة ولا تهمة فى أقلهما فيثبت ويعطى لها بحكم الاقرار لا بحكم الارث ولذا لا تصير شريكة فى أعيان التركة فان مات بعد انقضاء عدتها استحقت كل المقر به أو الموصى به لانها والحالة هذه تكون أجنبية منه اذ الارث لا يتأتى بعد انقضاء العدة

وان كان الثانى وهو ما إذا كان الطلاق بغير طلبها فلها الميراث بالغاً قدره ما بلغ ان مات فى عدتها لانه والحالة هذه يكون هارباً من ارثها فيرد عليه قصده السيء فترثه فان استمر حياً حتى انقضت عدتها ومات استحقت الوصية أو المقر به اذ لا ارث بعد انقضاء العدة وقد تقدم ذلك مستوفى فى طلاق المريض — انظر مادة (٥٦٦)

ومن التصرفات التى جعلوا حكمها حكم الوصية ابراء المريض مدينه من الدين اى التنازل له عنه ولما كان لا يمكننا الحكم على الوصية فى أول الامر بانها تنفذ من ثلث المال أو من كله او لا تنفذ فى شيء منه لان ذلك يختلف باختلاف حال الموصى والموصى له والموصى به كذلك لا يمكننا الحكم على التنازل عن الدين الا بعد معرفة حال المتنازل وهو مسقط الدين والمتنازل له وهو المسقط عنه والمتنازل عنه وهو الدين فاذن يلزمك أن تلتفت للتفصيل الذى ابينه حتى تعرف فى نهايته حكم كل حالة على حدتها. وهو الشخص المريض

(مادة ٥٦٦) اذا أقر المريض بدين أو أوصى بوصية لمن طلقها بائنا بطلبها فى مرض موته فلها الاقل من الارث ومن الدين أو الوصية ان مات فى عدتها وان طلقها بلا طلبها فلها الميراث بالغا ما بلغ ان مات فى عدتها

مرض الموت اما أن يكون غير مديون واما أن يكون مديوناً فان كان مديونا فاما أن يكون دينه مستغرقا لتركته أو غير مستغرق لها وعلى كل فاما أن يكون الشخص المتنازل له عن الدين وارثا للمتنازل أو أجنبياً منه وان كان اجنبياً فاما أن يكون للمتنازل عن الدين وارث أولا وفى كل من هذه الاحوال اما أن يكون الدين المتنازل عنه أقل من ثلث التركة أومساويا له أو أكثر منه واليك الاحكام

فان كان المتنازل عن الدين غير مدين أصلا وكان المتنازل له أجنبياً منه ولم يكن للمتنازل وارث نفذ هذا التنازل ولو استغرق جميع ماله فلا حق لاحد فى المعارضة ولو كان بيت المال لان هذا التنازل يعتبر وصية والموصى له مقدم فى الاستحقاق على بيت المال والمتأخر لا يعارض المتقدم

وان كان المتنازل مديناً وكان دينه مستغرقا لتركته بان كانت الديون الثابتة فى ذمته وقت موته الفى جنيه مثلا وتركته تقوم بمثل هذا المبلغ فلا ينفذ هذا التنازل ولو كان الدين المتنازل عنه قليلا ولا فرق حينئذ بين ما إذا كان المتنازل له وارثا أو غير وارث ولكن محل ذلك اذا لم يبرئه الدائنون فان أبرأوه نفذ ولو استغرق الدين المتنازل عنه جميع ماله لانهم أصحاب الحقوق فى هذه الحالة وحقهم مقدم فاذا تنازلوا عن حقوقهم نفذ لزوال المانع منه

وان كان المتنازل مدينا ودينه غير مستغرق لتركته بان كانت الديون الثابتة عليه وقت موته الف جنيه وتركته تساوى ثلاثة آلاف جنيه نخرج من التركة أولا مقدار ما عليه من الديون ونحكم على المبلغ الذى زاد عن الديون وهو فى هذا المثال الفا جنيه بالحكم على التنازل فى حالة ما اذا لم يكن عليه دين أصلا وقد عرفته

وان كان المتنازل غير مدين وكان المتنازل له وارثا وكان للمتنازل ورثة غيره فلا ينفذ هذا التنازل الا اذا اجازته الورثة سواء كان الدين المتنازل عنه أقل من الثلث أو مساوياً له أو أكثر منه لاننا اذا نفذناه بدون اجازة الباقى تضرر غير المتنازل له بسبب تفضيل المتنازل له بما يأخذه زائداً عن الاستحقاق الذى قدره الله له فى التركة فيؤدى هذا التضرر الى قطيعة الرحم فجعل الشارع لهم الحق في الاجازة وعدمها منعا لذلك

وان كان المتنازل غير مديون وله ورثة وكان المتنازل له عن الدين أجنبياً منه فان كان الدين المتنازل عنه لا يتجاوز ثلث المال نفذ التنازل وان لم تجزه الورثة أما اذا تجاوز الثلث فان الزائد يكون موقوفاً على اجازة الورثة لان الشارع أعطى للمريض مرض الموت حق التبرع الى ثلث أمواله بالنسبة للاجانب وان لم تجزه الورثة فان زاد المتبرع به عنه توقف الزائد على اجازتهم فان أجازوه نفذ لان المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع فينفذ

ولما كانت الزوجية سبباً من أسباب الميراث وكان التنازل عن الدين لوارث لا ينفذ ولو كان المتنازل عنه قليلا الا باجازة بقية الورثة كان تنازل احدهما وهو مريض مرض الموت عن دين للآخر مثل ذلك فى الحكم فاذا أبرأت الزوجة زوجها عن دين لها فى ذمته وهى مريضة مرض الموت أو أبرأها هو وهو كذلك توقف نفاذ هذا الابراء على اجازة بقية الورثة ولو قل الدين المبرأ منه فان لم يكن لاحدهما وارث غير الآخر نفذ الابراء ولو استغرق جميع المال لان المنع كان لحق الورثة ولم يوجدوا فينفذ

فاذا فرضنا أن شخصاً له فى ذمة غيره ستمائة جنيه فتنازل الدائن عن

هذا الدين وهو مريض مرض الموت الى مدينونه فان كان المتنازل له عن الدين وارثا للدائن فلا ينفذ هـذا التنازل الا باجازة بقية الورثة ولو كانت تركته تقدر بالألوف أو كان غـير مدين . وان كان المتنازل له اجنبياً فان كان المتنازل مديونا بدين مستغرق فلا ينفذ أيضاً الا باجازة الدائنين. وان كان دينه غير مستغرق للتركة فان كان هذا التنازل لا يضر بحقوق الدائنين بان كان ما يبقى من أمواله بعد هذا الدين يفي بديونهم نفذ من غير توقف على اجازتهـم وان لم يف فلهم الحق فى المعارضة بالنسبة للمقدار المؤثر على حقوقهم . وان كان المتنازل غـير مدين أصلا وكان المتنازل له اجنبياً وله وارث فان كان الدين المتنازل عنه يخرج من ثلث التركة بان فرضنا فى هذا المثال ان تركة المتنازل تساوى الفا وثمانمائة جنيه أو أكثر عما فيها هذا المبلغ نفذ هذا التنازل وان لم تجزه الورثة وان كان أكثر من الثلث بان كانت جميع امواله لا تساوى الا تسعمائة جنيه مثلا نفذ الابراء بقيمة الثلث وهو هنا ثلثمائة جنيه وأما الزائد فانه يتوقف على اجازة الورثة فان أجازوه وهم من أهلها نفذ لان المانع قد زال — أنظر مادة (٥٦٧ و ٥٦٨)

وقد علمت أن الشخص متى أقر لغيره بدين وهو صحيح غير محجور

(مادة ٥٦٧) ابراء المريض مديونه وهو مديون بمستغرق غير جائز ان كان المديون أجنبياً منه وابراؤه مديونه الوارث له غـير جائز مطلقاً سواء كان المريض مديوناً أم لا وسواء كان الدين ثابتاً له عليه اصالة أو كفالة

(مادة ٥٦٨) ابراء الزوجة زوجها فى مرضها الذى ماتت فيـه موقوف على اجازة بقية الورثة

عليه نفذ هذا الاقرار من كل ماله سواء كان المقر له أجنبياً من المقر أو وارثا له وسواء كان المقر مديناً أوغير مدين أما اذا أقر وهو مريض مرض الموت فلا ينفذ اقراره اذا كان المقر له أجنبياً ولم يكن المقر مديونا ويترتب على نفاذ الاقرار الزام المقر بكل الديون سواء لزمته فى حال صحته أو فى حال مرضه ولكن اذا لم يقض المدين الديون حال حياته بل مات وهى فى ذمته فلا يكون حكمها واحداً بالنسبة لقضائها بل تقضى ديون الصحة اولا من التركة ثم ديون المرض ولا بأس من أن نبين لك الحقوق المتعلقة بالتركة بوجه الاجمال تاركين التفصيل الى شرح مادة (٥٨٣) فاعلم ان الاموال المخلفة عن الشخص بعد وفاته اما أن يتعلق بها حق للغير حال الحياة واما ان لا يتعلق بها هذا الحق فان كان الاول كالشيء المرهون والمؤجر إذا عجل المستأجر الاجرة قدم الحق المتعلق بالشيء على غيره من الحقوق

وان كان الثانى فهناك حقوق أربعة مرتبة كالآتى

أولا التجهيز وهو فعل ما يحتاج اليه الميت من حين موته الي حين دفنه بلا اسراف ولا تقتير بل يكون على حسب أمر الشريعة الاسلامية المطهرة

ثانياً قضاء الدين ولكن يقدم دين الصحة على دين المرض عند ما تضيق التركة عن الوفاء بالكل

ودين الصحة هو ما لزم الشخص فى حال صحته سواء علم بالبينة أو بالاقرار وما لزمه فى حال مرضه بشرط أن يعلم ثبوته بطريق المعاينة ويسمى الاول دين صحة حقيقة والثانى دين صحة حكما أي أنه مساو له فى الحكم

ودين المرض هو ما أقر به فى مرض موته أو أقر به وهو فى حالة يغلب عليه فيها الهلاك كمن حكم عليه بالاعدام لارتكابه جريمة القتل وقدم ليقتص منه وليس هناك طريق لاثبات هذا الدين الا الاقرار

وحينئذ نقول أن الدين الذى عليه اما أن يكون لشخص واحد واما ان يكون لمتعدد فان كان الاول ووفى ما بقى من التجهيز به فبها وان لم يف فان شاء الدائن أسقط الباقى عنه وان شاء تركه لدار الجزاء وان كان الثانى وكانت الديون متساويه فى الحكم بان كانت كلها ديون صحة أو كلها ديون مرض وكان فى التركة وفاء بالكل أخذ كل دينه وان كانت التركة أقل من الديون أخذ كل منهما بنسبة دينه فاذا فرضنا ان شخصا توفى وعليه الف جنيه لثلاثة أشخاص أحدهم له خمسمائة وللثانى مائتان وللثالث ثلثمائة فان كانت التركة تساوى الف جنيه أو أكثر أخذ كل منهم دينه كاملا لان التركة تفى بالكل وان كانت التركة لا تساوى الا خمسمائة جنيه قسمت بينهم على الديون قسمة تناسبية وحيث أن التركة فى مثل هذا المثال نصف مجموع الديون فيأخذ كل منهم نصف دينه ولك أن تقسم التركة على مجموع الديون وتضرب خارج القسمة فى دين كل منهم فحاصل الضرب هو ما يستحقه ذلك الدائن

والعمل هكذا $٥٠٠ \div ١٠٠٠ = \frac{١}{٢}$ و $\frac{١}{٢} \times ٥٠٠ = ٢٥٠$

فهذا المبلغ هو ما يخص الدائن بخمسمائة واستخراج نصيب الدائن بمائتين ونصيب الدائن بثلثمائة يحصل بمثل هذا العمل ومرجع الطريقتين واحد فاتبع ما يسهل عليك فان الغرض الوصول الى المقصود

فان لم تتساو الديون في الحكم بان كان بعضها دين صحة وبعضها دين

مرض فان كانت التركة تفى بالكل أعطى كل دينه وان لم تف قدم دين الصحة فان بقى شىء أعطى لاصحاب ديون المرض بالطريقة المتقدمة وانما قدمت ديون الصحة على ديون المرض لانه بمجرد مرضه مرض الموت تعلق حق الدائنين بما فى يده لانها حالة العجز عن الاكتساب غالبا فليس له ان يشرك فيه غيرهم

وانما تساوت الديون التى لزمته فى حال مرضه باقراره ان كان سببها معلوما والديون التى لزمته فى حال صحته لانه لما علم السبب انتفت التهمة عن الاقرار بل هى ثابتة وان لم يقر فاذا استقرض مالا فى مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال اليه أو اشترى شيئاً وعاين الشهود قبض المبيع أو تزوج امرأة بمهر مثلها اواستهلك مالا لغيره على رؤس الاشهاد ساوت هذه الديون ديون الصحة لان اثباتها ممكن وان لم يقر فلا مرد لها حيث كانت اسبابها معلومة

ثالثاً تنفيذ ما أوصى به من ثلث ما بقى بعد التجهيز وقضاء الدين لا من ثلث كل التركة فاذا أوصى لشخص اجنبي منه بثلث ماله وكانت تركته تسعمائة جنيه ولكن صرف منها فى تجهيزه ثلاثون جنيها وكان عليه مائتان وسبعون جنيها ديناً وأراد الموصى له أن يأخذ ثلث كل التركة قبل التجهيز وقضاء الدين فلا يجاب الى ذلك بل يعطى ثلث الباقى بعدهما وهو مائتا جنيه

فقد علمت من ذلك أن الدين مقدم على الوصية وان كان ظاهر الآيات القرآنية يفيد أنها مقدمة على الدين مثل قوله تعالى (ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين)

فظاهر هذه الآية ان الوصية مقدمة على الدين لذكرها قبله والجواب عن ذلك ما قاله سيدنا على كرم الله وجهه انكم تقرءون الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يبدأ بالدين — والسر فى تقديمها فى الآيات القرآنية أنها تشبه الميراث فى كونها مأخوذة بلا عوض فيشق اخراجها على الورثة فكانت لذلك مظنة للتهاون فيها بخلاف الدين فان نفوس الورثة مطمئنة الى أدائه لكونه فى مقابلة شىء وربما كان الشىء المقابل له موجوداً فى التركة ففى تقديم ذكرها بعث على ادائها معه وتنبيه على انها مثله فى وجوب الاداء والمسارعة اليه ولذلك جىء بينهما بكلمة التسوية وهى أو

رابعا الارث فيقسم باقى التركة على المستحقين له بعد اخراج الحقوق المتقدمة كما ستعرفه فى شرح مادة (٥٨٤ — انظر مادة (٥٦٩)

فقد ظهر جليا أن الديون بالنسبة لقضائها ليست فى درجة واحدة بل ديون الصحة مقدمة على ديون المرض وحينئذ فاذا أراد المريض أن يقضى ديون بعض الغرماء دون البعض الآخر فلا يخلو الحال من أحد أمرين — الاول أن تكون التركة تفى بكل الديون — الثانى أن لا تكون كذلك . فان كان الاول فلا يعارضه أحد لانه لم يؤثر بهذا العمل على حق أحد من الدائنين اذ كل يستوفى دينه بأكمله فلا يثبت له حق الاعتراض سواء كانت الديون

(مادة ٥٦٩) الدين مقدم على الوصية والوصية مقدمة على الارث ودين الصحة مطلقاً سواء علم ببينة أو علم بالاقرار وما لزمه فى مرضه بسبب معروف كنكاح مشاهد بمهر المثل وبيع مشاهد بمثل القيمة واتلاف مال للغير مشاهد أيضاً كل ذلك مقدم على ما أقر به فى مرض موته ولو كان المقر به فى المرض وديعة

مخالفة فى الحكم أو متساوية فيه

وان كان الثانى وهو ما اذا كانت التركة غير وافية بجميع الديون فاما ان تكون الديون مخالفة فى الحكم أو متساوية فيه فان كان الاول فان أراد أن يقضى الدين القوى وهو دين الصحة فلا حق لصاحب الدين الضعيف فى المعارضة لان حقه مؤخر وان أراد قضاء الديون الضعيفة وهو ديون المرض ثبت لصاحب الدين القوى حق معارضته لتقدم حقه .

وان كان الثانى وهو ما اذا كانت الديون متساوية فى الحكم بان كانت كلها ديون صحة أو كلها ديون مرض ثبت لهم حق الاعتراض على تفضيله بعضهم على البعض الآخر لتعلق حق الجميع بما فى يده على السواء فاذا فرضنا أنه سلم لبعضهم دينه ثبت للبعض الآخر الحق فى استرداده ليأخذ منه بنسبة دينه فلا يختص الآخذ بما أخذ — ولا فرق فى هذا الحكم بين ما اذا كان المأخوذ مهراً أو أجرة شىء استوفى منفعته أو غيرهما لان ما حصل للمريض من النكاح وسكنى الدار مثلا لا يصلح لتعلق حقهم بعين التركة فيكون فى تخصيصها باعطاء شىء من ماله ابطال لحق الغرماء وهو لا يملكه

ويستثنى من ذلك مسئلتان الاولى اذا أدى بدل ما استقرضه فى مرضه الثانية اذا دفع ثمن ما اشتراه فى مرضه بمثل القيمة الا انه يشترط ثبوت كل القرض والشراء بالبرهان لا بمجرد الاقرار فاذا استقرض المريض الف جنيه مثلا او اشترى بيتاً بما ذكر وكانت قيمته كذلك وقد علم كل منهما بالبرهان مثل ما أخذه قرضا للمقرض اوثمن البيت الذى اشتراه سلم لكل منهما ما أخذ فلا حق لباقى الدائنين فى استرداده ليشاركه فيه والسبب فى ذلك انه حصل

فى يده مثل ما نقد وحق الغرماء تعلق بمالية التركة لا باعيانها فاذا حصل له مثل ما دفع فلا يعد تفويتاً لحقوقهم

ولكن محل ذلك اذا أعطى المريض ما ذكر حال حياته فان مات قبل الدفع فلا يخلو الحال بالنسبة للبيع من أحد أمرين الاول أن يكون موجوداً تحت يد البائع الثانى أن يكون سلمه إلى المشترى فى حياته فان كان الاول ثبت له حق المنع حتى يستوفى ثمنه فان دفع اليه فبها والا فيباع على ذمة المشترى لانه مملوك له فان كان ثمنه الذى بيع به الآن يساوى ما اشترى به أولا أخذه البائع وان زاد ضم الزائد الى التركة وان نقص أخذ البائع كله ويكون فى الباقى اسوة الغرماء — وان كان الثانى وهو ما اذا سلمه الى المشترى ثم مات قبل أن يدفع اليه الثمن فالبائع اسوة الغرماء ولو وجد المبيع بعينه فى التركة فاذا فرض ان شخصا باع لغيره بيتاً بخمسمائة جنيه مثلا وقبضه المشترى باذن بائعه قبل أن يدفع الثمن ثم مات ولم يترك سوى هذا البيت وكانت عليه ديون أخرى فقال البائع انا أحق بهذا البيت أستوفى منه دينى أولا فان بقى شىء يأخذه غيرى من الدائنين وقال الدائنون لا حق لك فى هذا الطلب بل نحن شركاء فى هذا البيت فيقسم بيننا على نسبة دين كل منا فلا يجاب البائع إلى طلبه ويجاب الدائنون وحينئذ يباع البيت ويقسم الثمن بينهم بنسبة دين كل منهم — وقال الامام الشافعى إذا وجد البائع المبيع فى تركة المشترى بعد موته وقبل نقده الثمن كان أحق به من سائر الغرماء فيستوفى منه دينه اولا لان دينه متعلق بهذا الشىء فلا يزاحمه غيره ممن ليس له حق فيه واستدل الامام الاعظم بدليلين أولهما نقلى والثانى عقلى فالاول قوله عليه الصلاة والسلام (اذا مات المشترى

مفلساً فوجد البائع متاعه بعينه فهو اسوة للغرماء) والعقلي هو أن البائع لما سلم المبيع وقبضه المشترى باذنه فقد أسقط حقه في الحبس حتى يستوفى الثمن فصار المبيع من مملوكات المشترى لا حق للبائع فيه وإنما للبائع مطالبة المشترى بالثمن لا غير فيكون دائناً مثل غيره فلا يميز من غيره

وقد يتفق أن دين بعض الدائنين كان ثمن مبيع أيضاً وتصرف فيه المشترى قبل وفاته ومن الجائز ان يكون هـذا الدائن باع ما باعه للمشترى بعد البائع الذى وجد متاعه بعينه فلو أعطينا من كان متاعه موجوداً وحرمنا الآخر لتضرر مع اتفاقهما فى سبب الدين وليس هنالك سبب فى تأخير من لم يجد مبيعه فى التركة سوى تصرف المشترى فيه قبل وفاته وليس له دخل فى ذلك فيمنع الضرر عنهما بقدر ما يمكن وذلك يكون بالقسمة التناسبية اذ لو اعطينا بعضهم جميع دينه ولم نعط البعض الآخر شيئاً لكان أشد ضرراً من اعطاء كل منهما بعض دينه وهو ظاهر — انظر مادة (٥٧٠)

(مادة ٥٧٠) ليس المريض أن يقضى دين بعض غرمائه دون البعض عند تساوي الديون حكما ولو كان ذلك اعطاء مهر للزوجة أو ايفاء أجره بل يشارك الزوجة ومن يستحق الاجرة غرماء الصحة ويستثني من ذلك ما اذا أدى بدل ما استقرضه فى مرضه أو نقد ثمن ما اشتراه فيه بمثل القيمة اذا ثبت القبض والشراء بالبرهان . وان لم يؤد ثمن ما اشتراه فيه أو بدل ما استقرضه فيه حتى مات فالبائع اسوة الغرماء ما لم تكن العين المبيعة باقية فى يد البائع فان كانت فى يده يقدم على غيره

الفصل الخامس

فى أحكام المفقود

الاشخاص وان كانت تنقسم بحسب الحكم عليهم الى أقسام كثيرة الا أنه يمكننا تقسيمهم بحسب هذا المقام الى ثلاثة أقسام — الاول من تحققت حياته — الثانى من تحققت وفاته — الثالث من لا يعلم حاله والكلام الآن خاص بالثالث وهو المفقود وهو فى اللغة اسم مفعول من فقدت الشىء اذا أضللته ومعناه فى اصطلاح الفقهاء غائب لم يدر أحى هو أم ميت واهله فى طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفي عليهم أثره فبالجد قد يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم الميعاد — انظر مادة (٥٧١)

والمفقود اما أن يترك وكيلا قبل فقده واما أن لا يترك فان كان الاول فهو الذى يحفظ أمواله ويدير مصالحها لبقاء عقد التوكيل بعد الفقد لان الوكيل وان كان ينعزل بموت الموكل الا أنه هنا لم تحقق وفاته فيبقى الوكيل متصرفا حتى يتحقق موت موكله

ولذا لو أجر شيئاً من أملاكه قبل غيابه فلا تنفسخ الاجارة ما دامت المدة المتفق عليها فى عقد الاجارة باقية لان الاجارة وان كانت تنفسخ بموت المؤجر أو المستأجر الا أن هذا لم يتحقق موته . ويترتب على هذا أن المفقود إن كانت له ورثة فلا حق لهم فى نزع المال من تحت يد الوكيل لانهم

(مادة ٥٧١) المفقود هو الغائب الذى لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته

لا يستحقون ماله بطريق الارث الا بعد التحقق من الموت وهـذا ليس كذلك وان لم تكن له ورثة فليس لامين بيت المال نزع ماله من يد هذا الوكيل لانه انما يستولى على الاموال التى لا مستحق لها ولا يمكننا الحكم بذلك الا اذا تحققت وفاته أو حكم القاضى بموته بعد مضى المدة القانونية التى سيأتى بيانها فى شرح مادة (٥٧٨) ولا يملك هذا الوكيل تعمير عقارات المفقود اذا احتاجت لذلك الا باذن من القاضى وقالوا فى توجيه ذلك انه يجوز أن يكون الغائب قد توفى فلا يكون الوكيل وصياً — انظر مادة (٥٧٢).

وان كان الثانى وهو ما اذا لم يترك الغائب وكيلا أقام له القاضى من يحصى أمواله سواء كانت منقولا أو عقاراً ويثمها بما يكون فيه المصلحة للغائب فيقبض أجرة أملاكه المستأجرة قبل الفقد ويؤجر غيرها ويقبض الديون التى أقرت بها الغرماء ومثلها الودائع ويخاصم فى الحقوق التى وجبت بعقده لانه اصيل فيها وانما نصب القاضى وكيلا فى هذه الحالة لانه نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر فى شؤون نفسه ولا شك أن المفقود كذلك كالصبي والمجنون فيملك ما ذكر وليس لهذا الوكيل أن يخاصم الشيء الذى تولاه المفقود ولا فى نصيب له من عقار أو منقول فى يد غيره لانه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى فلا يملك

(مادة ٥٧٢) اذا ترك المفقود وكيلا قبل غيابه لحفظ أمواله وادارة مصالحه فلا ينعزل وكيله بفقده ولا تنزع الورثة المال من يده ولا أمين بيت المال ولو كان المفقود لا وارث له أصلا . وليس للوكيل تعمير عقارات المفقود اذا احتاجت الى تعمير إلا باذن من الحاكم .

الخصومة لان فيه تضمن الحكم على الغائب — انظر مادة (٥٧٣)

ولما كان المفقود عاجزاً عن النظر فى مصلحة نفسه والقاضى هو الذى ينظر فى ذلك ثبتت له ولاية بيع الشىء الذى يتسارع اليه الفساد من ماله سواء كان هذا المال منقولا أو عقاراً فالاول كالفواكه والحرير والجوخ والثانى كارض أو بيت على شاطىء نهر يخشى عليهما منه لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فتعين النظر فيه بحفظ المعنى ولذا لا تثبت له ولاية بيع مالا يخاف عليه الفساد أو الهلاك لان حفظ الامرين ممكن وبعد البيع يحفظ الثمن بما يراه صالحا فان ظهرت حياة المفقود سلمه اليه وان حكم بموته بعد مضى المدة القانونية سلمه لمن يستحقه من ورثته — انظر مادة (٥٧٤)

ولكن محل حفظ الثمن المذكور اذا لم يكن هناك من يستحق على الغائب النفقة فان انفق القاضى أو الوكيل الذى أقامه مقامه عليهم منه ومثل هذا الثمن فى الحكم المال الموجود فى بيت المفقود ان كان من جنس النفقة لكن بشرط أن يكون المستحق لها هم الاصول والفروع والزوجة لان نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضى ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه

(مادة ٥٧٣) اذا لم يكن المفقود ترك وكيلا ينصب له القاضى وكيلا يحصى أمواله المنقولة وغير المنقولة ويحفظها ويقوم عليها ويأخذ غلاته وريع عقاراته ويقبض ديونه التى أقرت بها غرماؤه

(مادة ٥٧٤) للقاضى أن يبيع مايتسارع اليه الفساد من مال المفقود منقولا كان أو عقاراً ويحفظ ثمنه ليعطى له ان ظهر حياً أو لمن يستحقه من ورثته بعد الحكم بموته. وليس له أن يبيع شيئا مما لا يخشى عليه الفساد لا لنفقة عياله ولا لغيرها

من غير قضاء فيكون القضاء اعانة لهم على وصولهم الى مايستحقون فلا يكون قضاء على الغائب ولذا لا ينفق على غير من ذكروا كالاخوة والاعمام وغيرهم لان نفقتهم لا تجب الا بقضاء القاضى ولا يجوز القضاء على الغائب

والوديعة والدين مثل ما ذكر فى الحكم ولكن لا ينفق على الزوجة والاصول والفروع منهما الا اذا كان كل من المودع والمديون مقراً بالوديعة او الدين والزوجة أو النسب فان لم يقر بذلك فان كان القاضى يعلم كل ذلك حكم بالنفقة أيضاً وإن كان يعلم ببعضه يشترط الاقرار بما لم يعلمه . ومتى حكم القاضى على المودع أو المدين بالاعطاء وسلم كل منهما الوديعة والدين بأمره فلا يضمنان للغائب شيئاً اذا حضر لان القاضى له ولاية الدفع والاخذ فان سلم كل منهما ما عنده الى الزوجة أو أحد الاصول والفروع بغير أمر القاضى فلا يبرأ أمام الغائب اذا حضر من سفره بل يضمن المودع الوديعة والمدين الدين لتعدى المودع وعدم ايصال الدين الى صاحبه أو نائبه وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه فى نفقة زوجة الغائب والاصول والفروع فلا تكتف بهذا فانه فى غاية الاجمال بل ارجع الى المباحث المتقدمة تجد كل ما تريد فى هذا الموضوع — انظر مادة (٥٧٥)

ومن حيث أن المفقود غير معلوم الحال فلا يمكننا الحكم عليه باحكام الاحياء أو الاموات ولذا نص الفقهاء على أن الاحكام عليه مختلفة فقالوا انه

(مادة ٥٧٥) للوكيل المنصوب أن ينفق على عرس المفقود وعلى أصوله وفروعه المستحقين للنفقة من ماله الحاصل فى بيته أو الواصل من ثمن بيع مايتسارع اليه الفساد أو من مال مودع عند مقر أو دين على مقر

يعتبر حياً فى حق بعض الاحكام ويعتبر ميتاً بالنسبة للبعض الآخر — فيعتبر حياً بالنسبة للاحكام التى تضره وهى التى تتوقف على ثبوت موته ،

وينبنى على ذلك أنه لا يفرق بينه وبين زوجته فلا يجوز لها التزوج بغيره ولا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ اجاراته التى عقدها قبل فقده بل تستمر كل هذه الاشياء الى ظهور الحال وحينئذ يحكم بحسبها . ويعتبر ميتاً بالنسبة للاحكام التى تنفعه وتضر غيره وهى المتوقفة على ثبوت حياته .

وينبنى على ذلك أنه لا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية اذا اوصى له بشىء ومات الموصى وهو مفقود بل يوقف نصيبه فى الارث وقسطه فى الوصية الى ظهور حياته أو الحكم بوفاته فان ظهر أنه حى استحق الارث والوصية وان لم تظهر حياته وحكم بموته فالموقوف لاجله من الارث والوصية يكون لورثة المورث والموصى والسبب فى ذلك ان اعتباره حيا انما هو باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لان يستحق به مال الغير ولكنه صالح لان يدفع به استحقاق غيره لماله فيكون كانه حى فى ماله ميت فى حق مال غيره.

ومعنى اعتباره ميتاً فى حق هذه الاحكام أنه عند عدم ظهور الحال ومضى المدة القانونية يحكم بوفاته ويسرى هذا الحكم من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم بالوفاة كما هو الشأن فى الحالة الاولى إذ لو اعتبرناه ميتاً فى هذه الحالة لما وقفنا لاجله شيئاً مما يستحقه من غيره مع أنه ليس كذلك ولذا كان الظاهر أن يقال أنه موقوف الحكم بالنسبة لهذه الاحكام — أنظر مادتى (٥٧٦ و ٥٧٧)

(مادة ٥٧٦) المفقود يعتبر حياً فى حق الاحكام التى تضره وهى التى تتوقف على

ولما كان الحكم بالبقاء فى هذه الدنيا مستحيلا اذ لا بد لكل شخص من يوم تعتريه فيه المنية والمفقود كذلك فلا يمكن الحكم باستمرار حياته إلا أن هذا اليوم مجهول لنا وخاف علينا احتيج الى بيان المدة التى يحكم بموته بعد مضيها من تاريخ فقده ولكن لما لم يرد بها تقدير شرعا اختلفت المذاهب فيها وتشعبت آراء بعضها والذى يؤخذ من كلام الحنفية أنه يحكم بوفاته الا اذا انقرضت أقرانه من بلده فاذا لم يبق أحد من أقرانه حياً حكم بموته لان الشىء الذى تقع الحاجة الى معرفته يكون طريقه فى الشرع الرجوع الى أمثاله وذلك كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر والاحكام الشرعية تبنى على الغالب دون النادر فان تعذر الفحص عن الاقران حكم بموته بعد مدة وقد اختلفوا فى تقديرها فمن قائل تقدر بمائة وعشرين سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكم القاضى بموته لان الاعمار فى زماننا قلما تزيد على هذه المدة فيقدر بها ومن قائل تقدر بمائة ومن قائل بتسعين لان الغالب فى الاعمار هذا ولكن هذا لا يصح الا اذا قيل أن الغالب فى الاعمار الطوال فى أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك ومن قائل تقدر بستين ومن قائل تقدر بسبعين واختاره صاحب الفتح قائلا وعندى هذا احسن لقوله عليه الصلاة والسلام

ثبوت موته فلا يتزوج عرسه أحد ولا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ اجارته ولا يفرق بينه وبين عرسه ولو بعد مضى أربع سنين قبل ظهور الحال

(مادة ٥٧٧) المفقود يعتبر ميتاً في حق الاحكام التي تنفعه وتضر غيره وهى المتوقفة على ثبوت حياته فلا يرث من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية اذا أوصى له بوصية بل يوقف نصيبه في الارث وقسطه في الوصية الى ظهور حياته أو الحكم بوفاته

«أعمار امتي ما بين الستين الى السبعين» فكانت المنتهى غالباً وأنت خبير بأن هذا الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأى ولذا اختار لزيلعي ووافقه كثيرون أنه يفوض الى رأى الامام لانه يختلف باختلاف البلاد والاشخاص فيجتهد ويحكم بالقرائن الظاهرة الدالة على موته اوعدمه اذ من فقد فى المهلكة أووقت ملاقاة العدو أومع قطاع الطريق أوسافر مريضاً بالمرض الغالب الهلاك يخالف من فقد لا فى مثل هذه الاحوال ولا شك أن الملك العظيم اذا فقد وانقطع خبره يغلب على الظن فى ادنى مدة أنه مات لاسيما اذا دخل فى مهلكة وماسبب اختلافهم فى المدة الا اختلاف آرائهم فلامعنى للتقدير بمدة معينة فأى وقت رأى الحاكم المصلحة فى الحكم بموته حكم به وهذا هو الاليق بالفقه وبعد الحكم عليه بالموت تعتد زوجته عدة الوفاة وتحل بعدها للازواج

وهذا الرأى موافق لمذهب الشافعية اذعندهم لاتقدرالمدة بزمن معين على الصحيح بل اذا لم يثبت لدى القاضى موته فانه يجتهد ويحكم بموته بعد انقضاء المدة التى لا يعيش فوقها غالباً

وفى مذهب الامام مالك تفصيل وهو

من فقد فى بلاد الاسلام وانقطع خبره عن زوجته كان لها أن ترفع الامر الى الحاكم مع بيان الجهة التى تعرف أوتظن انه سار اليها أو يمكن أن يوجد فيها والحاكم يبحث عنه فى مظنات وجوده بأى طريق يراه مؤديا الى تعرف حاله وبعد العجز عن خبره يضرب لها أجلا وهو أربع سنين فاذا انتهت اعتدت لزوجة عدة الوفاة ويحل لها بعد ذلك أن تتزوج بغيره

ومن فقد فى معترك بين المسلمين بعضهم مع بعض وثبت أنه حضر

القتال جاز لزوجته أن ترفع الامر الى الحاكم وبعد البحث عنه وعدم العثور عليه تعتد الزوجة ولها ان تتزوج بعد العدة ويورث ماله بمجرد العجز عن خبره فان لم يثبت الا انه سار مع الجيش فقط كان حكمه كما تقدم فى الحالة الاولى

ومن فقد فى حرب بين المسلمين وغيرهم كان لزوجته أن ترفع الامر الى الحاكم وبعد البحث عنه يضرب له أجل سنة فاذا انقضت اعتدت وحل لها الزواج بعد العدة ويورث ماله بعد انقضاء السنة — وضرب الآجال لاعتداد زوجة المفقود اذا كان من ماله ما تنفق منه الزوجة اولم تخش على نفسها الفتنة والا رفعت الامر الى القاضى فيطلق عليه متي ثبت له صحة دعواها

أما الاسير ومفقود أهل الشرك فتنتظر زوجته الى تمام عمره واختلفوا فى تقديره ما بين السبعين الى الثمانين — ولما رأى بعض الحنفية أن الحكم فى مذهبهم شديد من حيث تقديره بموت الاقران أو بمضى المدة المتقدمة قال أنه يفتى بمذهب لامام مالك للضرورة كما أنه يفتى به فى انقضاء عدة ممتدة الطهر فان الحنفية يقولون أن المرأة متى رأت دم الحيض ولو مرة وانقطع عنها لسبب من الاسباب وكانت متزوجة وحصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير الوفاة فلا تنقضى عدتها الا اذا عاودها الدم فتعتد بثلاث حيض فان لم يعد فلا تنقضى الا اذا بلغت سن الاياس وهو خمس وخمسون سنة وتعتد بعده بثلاثة أشهر كاملة والمالكية يقولون تنقضى عدتها بسنة كاملة فيفتى بمذهبهم لان هذا الحكم فى غاية الشدة بالنسبة للرجال لالتزامهم بالانفاق على المرأة حتى تنقضى العدة وبالنسبة للنساء لطول زمن العدة عليهن لانه من الجائز أن تبقى فى العدة خمسا وأربعين سنة كاملة بان تكون

رأت دم الحيض وهى بنت تسع وطلقها زوجها بعد رؤيته ولم ترم بعد ذلك فتمكث حتى تبلغ خمساً وخمسين وقد تقدم لك هذا المبحث فى شرح مادة (٣١٤)

وفصل الامام أحمد فقال ان فقد فى حالة يغلب فيها الهلاك كمن فقد بين الصفين حال التحام القتال أو غرق مركب فسلم قوم وغرق آخرون بحث عنه مدة أربع سنين فان لم يوقف له على أثر قسم ماله على ورثته بعدها واعتدت زوجته عدة الوفاة وبعد انقضائها لها التزوج . وان فقد فى حالة لا يغلب فيها الهلاك كمن خرج لتجارة أو سياحة أو طلب علم فان التاجر قد يشتغل بتجارته عن العود الى أهله ففيه رأيان أحدهما انتظاره الى مضى تسعين سنة من مولده لان الغالب انه لا يعيش أكثر من هذا الزمن والثانى تفويضه الى اجتهاد الحاكم فينظر ومتى وقع اجتهاده على شىء حكم به ويجتهد الحاكم أيضاً اذا فقد وهو ابن تسعين على القول الاول فتأمل يظهر لك ما فيه المصلحة من هذه المذاهب — أنظر مادة (٥٧٨)

ومتى حكم بموت المفقود يعتبر ميتاً بالنسبة لماله من تاريخ الحكم وبالنسبة لمال غيره من يوم الفقد ويترتب على الاول أن ماله يقسم بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته فلا شىء لمن مات قبله لان شرط التوريث بقاء الوارث حياً بعد تحقق موت المورث فاذا فقد شخص عن ثلاثة أبناء ومات أحدهم عن أولاد بعد الفقد وقبل الحكم بموته ثم حكم به

(مادة ٥٧٨) يحكم بوفاة المفقود اذا انقرضت أقرانه في بلده فان تعذر التفحص عن الاقران وحكم القاضى بموته بعد مضى تسعين سنة من حين ولادته صح حكمه .

والابنان وأولاد الابن موجودون استحق الابنان كل التركة ولا شيء لاولاد الابن لان أباهم مات قبل الحكم بموت المفقود فلا يستحق شيئاً ويترتب على الثانى أن المال الذى وقف لاجله من الموت أو الموصى يرد الى ورثة مورثه أو ورثة الموصى الموجودين وقت موت المورث أو الموصى لا وقت الحكم بموت المفقود

فاذا توفى شخص عن ثلاثة أبناء أحدهم مفقود اخذ الابنان الموجودان الثلثين ووقف الثلث الآخر الى ظهور الحال فاذا مات أحد الابنين الحاضرين عن ابن قبل الحكم بموت المفقود ثم حكم به أخذ الابن الموجود نصف الثلث الموقوف وابن الابن الذى توفى والده قبل الحكم بموت المفقود النصف الآخر لان أباه مستحق له فيأخذه ابنه ميراثا عنه ومثله فى هذا الحكم الوصية فاذا أوصى شخص لآخر بألفى جنيه مثلا ومات الموصى والموصى له مفقود وكان الثلث يفى بالموصى به وقف الى ظهور الحال فاذا مات أحد ورثة الموصى عن ورثة بعد موت الموصى وقبل الحكم بموت الموصى له وهو المفقود ثم حكم بموته استحقت ورثة المتوفى ما كان يستحقه هو لو كان موجوداً — انظر مادة (٥٧٩)

فان لم تظهر حياة المفقود اتبعنا الاحكام المتقدمة اما اذا ظهرت حياته فى

(مادة ٥٧٩) متى حكم بموت المفقود يقسم ماله بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته ويرد القسط الموقوف له الى من يرث مورثه عند موته ويرد الموصى له به ان كانت له وصية الى ورثة الموصى وتعتد عند ذلك زوجته عدة الوفاة وتحل للازواج بعد انقضائها

وقت من الاوقات فاما أن يكون هذا الظهور قبل الحكم بالوفاة واما أن يكون بعده فان كان الاول ورث ممن مات قبل ذلك من أقاربه واستحق ما كان موصى له به فيأخذ الموقوف لاجله وان كان الثانى فالباقى من ماله فى أيدى ورثته يكون له وأما الهالك أو المستهلك فلا يأخذ منهم بدله لانهم لم يستولوا عليه من تلقاء أنفسهم بل بحكم من القاضى فلا يكونون متعدين فينتفى عنهم الضمان — انظر مادة (٥٨٠)

ومحل انتظار المفقود المدة المتقدمة قبل اذا لم يدع أحد صاحب شأن انه توفى أما اذا حصل ذلك بأن ادعت زوجته أو ورثته ذلك فالقاضى يسمع هذه الدعوى ولكن لما كان الحكم لا بد أن يكون على حاضر فالقاضى يجعل الوكيل الذى بيده مال المفقود خصما عنه فان لم يكن له وكيل ينصب له فيما تقام عليه الدعوى فيسمعها القاضى ويتحرى عن صدقها بقدر ما فى وسعه فان ثبتت لديه بالطريق الشرعى حكم بما تقتضيه — انظر مادة (٥٨١)

(مادة ٥٨٠) اذا علمت حياة المفقود أو حضر حياً فى وقت من الاوقات فانه يرث ممن مات قبل ذلك من أقاربه فان عاد حياً بعد الحكم بموته فالباقى من ماله في ايدى ورثته يكون له ولا يطالب أحداً منهم بما ذهب

(مادة ٥٨١) اذا ادعت زوجة المفقود موته أو ادعاه الورثة أو غيرهم من أرباب الحقوق وأقيمت البينة على ذلك يجعل القاضى الوكيل الذي بيده مال المفقود خصما عنه وان لم يكن له وكيل ينصب له فيما تقبل عليه البينة لاثبات دعوى موته


Bibliotheca Alexandrina
0370342